diritto & religioni

Semestrale
Anno XIV - n. 2-2019
luglio-dicembre

ISSN 1970-5301

28

LUIGI PELLEGRINI EDITORE

Diritto e Religioni

Semestrale

Anno XIV – n. 2-2019

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. Lariccia, 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	Direttori Scientifici
Antropologia culturale	M. Minicuci
Diritto canonico	A. Bettetini, G. Lo Castro
Diritti confessionali	M. d'Arienzo, V. Fronzoni, A. Vincenzo
Diritto ecclesiastico	G.B. Varnier M. Jasonni, G.B. Varnier
Diritto vaticano	G. Dalla Torre
Sociologia delle religioni e teologia	M. Pascali
Storia delle istituzioni religiose	R. Balbi, O. Condorelli

Parte II

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

Parte III

Settori	Responsabili
Letture, recensioni, schede, segnalazioni bibliografiche	M. Tedeschi
Area Digitale	F. Balsamo, C. Gagliardi

CRITERI PER LA VALUTAZIONE DEI CONTRIBUTI

Da questo numero tutti i contributi sono sottoposti a valutazione.

Di seguito si riportano le modalità attuative.

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

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

originalità;

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

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

correttezza dell'impianto metodologico;

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

chiarezza espositiva.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Comitato dei referees

Prof. 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. Agustin 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.ssa 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

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

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

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 € 10,00 al seguente link: *www.pellegrinieditore.com/node/360*
Per abbonarsi o per acquistare fascicoli arretrati rivolgersi a:
Luigi Pellegrini Editore
Via De Rada, 67/c – 87100 Cosenza
Tel. 0984 795065 – Fax 0984 792672
E-mail: info@pellegrinieditore.it
Gli abbonamenti possono essere sottoscritti tramite:
– versamento su conto corrente postale n. 11747870
– bonifico bancario Iban IT 88R0103088800000000381403 Monte dei Paschi di Siena
– assegno bancario non trasferibile intestato a Luigi Pellegrini Editore.
– carta di credito sul sito *www.pellegrinieditore.com/node/361*
Gli abbonamenti decorrono dal gennaio di ciascun anno. Chi si abbona durante l'anno riceve i numeri arretrati. Gli abbonamenti non disdetti entro il 31 dicembre si intendono rinnovati per l'anno successivo. Decorso tale termine, si spediscono solo contro rimessa dell'importo.
Per cambio di indirizzo allegare alla comunicazione la targhetta-indirizzo dell'ultimo numero ricevuto.
Tutti i diritti di riproduzione e traduzione sono riservati.
La collaborazione è aperta a tutti gli studiosi, ma la Direzione si riserva a suo insindacabile giudizio la pubblicazione degli articoli inviati.
Gli autori degli articoli ammessi alla pubblicazione, non avranno diritto a compenso per la collaborazione. Possono ordinare estratti a pagamento.
Manoscritti e fotografie, anche se non pubblicati, non saranno restituiti.
Per ulteriori informazioni si consulti il link: *https://dirittoereligioni-it.webnode.it/*
Autorizzazione presso il Tribunale di Cosenza.
Iscrizione R.O.C. N. 316 del 29/08/01
ISSN 1970-5301

INDICE

Diritto canonico

RAFFAELE SANTORO, FRANCESCO GRAVINO
Web e matrimonio canonico: prospettive di analisi della perizia nelle dinamiche processuali 15

Diritto Ecclesiastico

FABIO BALSAMO
Autorizzazione alle liti ex *can. 1288* C.i.c. *e tutela del diritto di difesa costituzionalmente garantito dall'art. 24 Cost.* 38

PASQUALE LILLO
Dimensione pubblica delle religioni nelle società civili contemporanee 52

RITA MAZZA
Living together con il velo islamico: il dissenso tra Corte Europea dei diritti dell'uomo e Comitato Onu per i diritti umani 68

CRISTIANA PETTINATO
Credere e curare: due sistemi di valori a confronto 92

Diritto Vaticano

MATTEO CARNÌ
Il contributo di Pio Ciprotti allo studio del diritto vaticano 114

Diritti Confessionali

VASCO FRONZONI
Atti di culto islamici ed innovazione tecnologica. Zakat, blockchain *e trasparenza finanziaria* 129

ROSA GERACI
Religion and Finance from the Muslim Perspective 140

Storia delle istituzioni religiose e dei rapporti tra diritto e religioni

ALBERTO FABBRI
Il Consiglio dei Patriarchi cattolici d'Oriente (CPCO) e l'effetto della politica occidentale 161

MASSIMO DEL POZZO
Rescritti relativi all'incarico delle Messe in un oratorio privato campano del XIX sec.: la lezione della storia e gli spunti per l'attualità 171

GIOVANNI BATTISTA VARNIER
La libertà religiosa nello stato liberale tra teoria e prassi 191

Argomenti, dibattiti, cronache

MICHELE CORLETO
A trent'anni dalla Convenzione sui diritti dell'Infanzia e dell'Adolescenza. Libertà religiosa, educazione e superiore interesse del minore 206
VALERIO D'ALÒ
Cronaca del Convegno: "1929-2019. Novant'anni di rapporti tra Stato e confessioni religiose. Attualità e prospettive" 236
MARIA D'ARIENZO
Considerazioni sul concetto di felicità tra religione, diritto e politica 241
LUCIA DIBILIO
Ecologia integrale secondo la "Laudato si'" e la fiscalità circolare 251
MASSIMO JASONNI
Maria e il libro 269
AUGUSTO ROMANO
Per una nuova grammatica dei diritti delle persone disabili: un itinerario filosofico-giuridico 273
DANIELA TARANTINO
«Gratia perficit, non destruit naturam». *L'apporto di Eugenio Corecco alla teologia post-conciliare sul matrimonio* 282
GIOVANNI TURCO
Verità e socialità della legge nel pensiero di Marcel De Corte 297

Parte II

Giurisprudenza e legislazione amministrativa

- Presentazione 335
- Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sez. I di Roma, 5 febbraio 2019 n. 1433
(Associazioni di tipo mafioso – Costruzione cappelle votive e partecipazione a riti religiosi – Presupposti applicativi dell'art. 143 primo comma T.U.E.L.) *338*
- Consiglio di Stato, Sez. III, 18 luglio 2019, n. 5077
(Associazioni di tipo mafioso – Costruzione cappelle votive e partecipazione a riti religiosi – Presupposti applicativi dell'art. 143 primo comma T.U.E.L.) *351*
con nota di
FABIO BALSAMO

La costruzione di cappelle votive finanziate da organizzazioni criminali e la partecipazione dei malavitosi ai riti religiosi quali possibili presupposti applicativi dell'art. 143, primo comma T.U.E.L. 366
- *Tribunale Amministrativo Regionale per il Liguria, Sez. II, 4 marzo 2019 n. 174*
(Manifesto sull'informazione relativa all'obiezione di coscienza in ambito sanitario – Lesione del simbolo religioso – Valutazione ristretta al significato ordinario del manifesto e non a tutti gli ipotetici significati) 377
- *Consiglio di Stato, Sez. V, 9 aprile 2019, n. 2327*
(Messaggio pubblicitario – Interessi individuali e collettivi di carattere non economico – Tutela giuridica) 382
- *Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sez. I di Lecce, 10 aprile 2019 n. 577*
(Ministro di culto acattolico – Approvazione governativa – Discrezionalità della P.A.) 386
Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Sez. II di Brescia, 20 aprile 2019 n. 383
(Sepoltura nel reparto islamico – Clausola di attestazione di fede – Illegittima) 388
con nota di
SILVIA BALDASSARRE
Diritto alla sepoltura nei reparti speciali e attestazione di fede 396
- *Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Sez. II di Milano, 22 agosto 2019, n. 1916*
(Edilizia e urbanistica – Requisiti intrinseci ed estrinseci per ravvisare la presenza di una moschea) 408
- *Consiglio di Stato, Sez. IV, 5 dicembre 2019, n. 8328*
(Revoca provvedimento urbanistico realizzazione edificio di culto) 409

Giurisprudenza e legislazione Canonica
- *Pre*sentazione 411
- Città Del Vaticano, Legge n. CCLXXIV, *Sul governo dello Stato Città del Vaticano* (25 novembre 2018) 412
- Statuto dell'Ufficio del Revisore Generale della Santa Sede (21 gennaio 2019) 426
- Lettera Apostolica in forma di *Motu Proprio riguardante l'Ufficio del Decano del Collegio cardinalizio* (21 dicembre 2019) 432
- Lettera Apostolica in forma di *Motu Proprio per il cambiamento della denominazione da Archivio Segreto Vaticano ad Archivio Apostolico Vaticano* (22 ottobre 2019) 434

- Tribunale Ecclesiastico Interdiocesano Siculo - Decreto (13 novembre 2018) 437
con nota di
MARIO FERRANTE
Il decreto di ammissione della causa alla trattazione con il processus brevior: *la soluzione del Tribunale Ecclesiastico Interdiocesano Siculo* 438
- Tribunale Ecclesiastico Beneventano di Appello - Sentenza – 29 marzo 2017 454

Giurisprudenza e legislazione civile
- *Presentazione* 575
- PAOLO DI MARZIO
Le unioni civili, la filiazione e la protezione dei bisogni, in Cassazione nel 2018 *472*
- *Corte di Cassazione, Sezione Civile Prima, sentenza 30 agosto 2019, n. 21916*
(Libertà religiosa – genitorialità – affidamento della prole – ascolto del minore) 530
2018) 437
con nota di
FRANCO SICURO
Libertà religiosa dei genitori ed interesse superiore del minore (riflessioni a margine di Cass. civ., sez. I, sentenza 30 agosto 2919, n. 21916) 531
- *Corte di Cassazione, Sezione Civile Prima, sentenza 21 agosto 2019, n. 26823*
(Libertà religiosa – riconoscimento – protezione internazionale – persecuzioni) 548
- *Corte di Cassazione, Sezione Civile Prima, ordinanza 26 novembre 2019, n. 30900*
(Matrimonio canonico – nullità – delibazione – prolungata convivenza) 549
con nota di
MARCO CANONICO
Nullità matrimoniale canonica e contestata prolungata convivenza coniugale 550
- *Corte di Cassazione, Sezione Civile Prima, ordinanza 27 novembre 2019, n. 30969*
(Status di rifugiato – riconoscimento – persecuzioni per motivi religiosi) 564
- *Tribunale di Pavia, ordinanza 27 novembre 2019*
(Residenza – bonus famiglia – Regione Lombardia – bando - discriminazione) 565

Giurisprudenza e legislazione Costituzionale e Comunitaria

- *Presentazione* 567
- *Corte europea dei diritti dell'uomo* (Application no. 21477/10) – final decision 3/12/2019, caso *Comunità religiosa dei Testimoni di Geova del Distretto di Kryvyi Rih's Ternivsky v. Ucraina.* 570
- *Corte europea dei diritti dell'uomo (Requêtes nos 14604/08 et 3 autres voir liste en annexe)* - final decision 17/10/2019, caso *Mushfig Mammadov e altri c. Azerbaïdjan.* 574
- *Corte europea dei diritti dell'uomo* (*Application no. 13274/08)* - final decision 5/12/2019, caso *Tagiyev e Huseynov v. Azerbaijan.* 575
- *Corte europea dei diritti dell'uomo* (*Applications nos. 58070/12 and 21 others)* - final decision 5/12/2019, caso *Aghanyan e altri v. Armenia.* 577
- *Corte costituzionale*, sentenza 25 settembre 2019, n. 242 578
- *Corte costituzionale*, sentenza 22 ottobre 2019, n. 254 591

con nota di

MARCO CROCE

Osservazioni a prima lettura sulla sentenza n. 254/2019 della Corte costituzionale 601

Giurisprudenza e legislazione internazionale

- Presentazione 611

LAICITÀ DELLO STATO

I) Cour Administrative d'Appel di Marsiglia, 14 ottobre 2019, n. 18MA00120 (Francia)
(*Laïcité* – Legge di Separazione – Enti locali) 612
II) Conseil d'État, 21 ottobre 2019, n. 424692, inedita sul Massimario Lebon (Francia)
(*Laïcité* – Legge di Separazione – Scuola) 612
III) Supreme Court of India, affaire Siddiq vs Mahant Suresh Das et Ors, del 9 novembre 2019 (India)
(Induismo – Islam – "Accessione") 613

LIBERTÀ RELIGIOSA

IV) Cour Administrative d'Appel di Douai, 5 novembre 2019, n. 19DA01203, inedita sul Massimario Lebon (Francia)
(Persecuzione religiosa – Asilo politico) 615
V) Norwich Employment Tribunal, affaire Conisbee vs Crossley Farms Ltd & Ors, n. ET 3335357/2018, del 17 maggio 2019 (Regno Unito)
(Definizione di religione – Vegetarianesimo) 615

VI) Norwich Employment Tribunal, affaire Casamitjana Costa vs The League against cruel sports, n. 3331129/2018, del 3 gennajo 2020 (Regno Unito)
(Definizione di religione – Veganismo) 616
VII) Nuova Costituzione della Repubblica cubana (Cuba)
(Articoli relativi alla libertà religiosa) 616
VIII) Legge per la libertà di religione o di credenza e sulla posizione legale delle comunità religiose, del 27 dicembre 2019, in Službeni list Crne Gore, n. 74/2019, del 30 dicembre 2019, n. 1783 (Montenegro) 617

Chiesa cattolica
IX) Supremo Tribunal Federal, medida cautelar na reclamação n. 38782, del 9 gennajo 2020 (Brasile)
(Netflix – Libertà d'espressione – laicità dello Stato) 633

Ebraismo
X) Cour de Cassation, chambre criminelle, 15 ottobre 2019, n. 18.85368, inedita (Francia)
(Diritto di satira – Libertà d'espressione – Antisemitismo) 634
XI) Cour de Cassation, chambre criminelle, 13 novembre 2019, n. 18.85263, inedita (Francia)
(Diritto di satira – Libertà d'espressione – Antisemitismo) 634

Islam
XII) Cour Administrative d'Appel di Lione, 23 luglio 2019, n. 17LY04351 (Francia)
(*Laïcité* – Legge del 2004 sui simboli religiosi – scuola) 635
XIII) Cour Administrative d'Appel di Versailles, 3 dicembre 2019, n. 16VE03652, inedita sul Massimario Lebon (Francia)
(Libertà d'opinione – Norme di sicurezza) 635
XIV) Conseil d'État, 4 dicembre 2019, n. 432584 (Francia)
(Norme di sicurezza – Carceri) 636
XV) Landearbeitsgericht del Baden-Württemberg, 5 dicembre 2019, n. 17/SA/3-19 (Germania)
(Diritto di satira – Libertà d'espressione – Libertà religiosa) 636
XVI) Oberverwaltungsgericht della Renania-Palatinato, 8 ottobre 2019, n. 10/a/11109-19-OVG (Germania)
(Forze Armate – Norme di sicurezza) 637
XVII) Verwaltungsgericht di Wiesbaden, 6 settembre 2019, n. l/L/1363-19/WI (Germania)
(Scuola – Cultura islamica) 637

Finanziamento delle confessioni religiose
XVIII) Cour d'Appel Fédérale, 29 novembre 2019, affaire Church of Atheism of Central Canada vs Minister of National Revenue (Canada)
(Ateismo – Riconoscimento confessione religiosa) 638
XIX) Verwaltungsgericht di Berlino, 12 dicembre 2019, n. VwG/27/K/292-15 (Germania)
(*Kirchenaustritt* – Tassa ecclesiastica) 638
con nota di
Fabio Fede
Il Kirchenaustritt *impossibile* *640*
Giurisprudenza e legislazione penale
- Presentazione *649*
- Corte di Cassazione, Sez. pen. V, sentenza 22 luglio 2019, n. 32862
(Discriminazione razziale) 660
- Corte di Cassazione, Sez. pen. III, sentenza 30 agosto 2019, n. 36689
(Reato edilizio) 660
- Corte di Cassazione, Sez. pen. I, sentenza 4 settembre 2019, n. 37033
(Convivenza matrimoniale ed espulsione dello straniero) 661
- Corte di Cassazione, Sez. pen. V, sentenza 26 settembre 2019, n. 37544
(Diffamazione) 662
- Corte di Cassazione, Sez. pen. VI, sentenza 16 ottobre 2019, n. 40658
(Maltrattamenti in famiglia e fattore religioso) 663

Giurisprudenza e legislazione tributaria
-Presentazione 664
-Cassazione civile, Sezione V, sentenza 21 marzo 2019, n. 7985
(Ici su immobili istituto ex-IPAB) 665
-Cassazione civile, Sezione V, sentenza 22 maggio 2019, n. 13787
(Ici su immobili religiosi) 669
-Cassazione civile, Sezione V, sentenza 17 luglio 2019, n. 19180
(Ici su immobili religiosi) 672
-Cassazione civile, Sezione V, sentenza 30 luglio 2019, n. 20480
(Tassazione plusvalenze istituti per il sostentamento del clero) 675

Parte III

Letture
Giovanni Battista Varnier

Il fenomeno religioso nelle dispense di diritto costituzionale di Arturo Carlo Jemolo e nella recente manualistica 685

Recensioni

PIER VIRGINIO AIMONE BRAIDA, «*Le finanze del Papa*», Quaderni di Ius Missionale, 8, Urbaniana University Press, CdV, 2016, pp. 1-287 (**Fabio Vecchi**) 689

IAN T. BENSON, MICHAEL QUINLAN, KEITH THOMPSON, *Religious Freedom in Australia. A new Terra nullius*, Shepherd Street Press, Sydney, 2019, pp. 1-370 (**Mario Ferrante**) 694

FRANCESCO PAOLO CASAVOLA, DARIO ANNUNZIATA, FRANCESCO LUCREZI, *Isola Sacra, Alle origini della famiglia*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, pp. 1-134 (**Pierluigi Romanello**) 696

PIERLUIGI CONSORTI, LUCA GORI, EMANUELE ROSSI, *Diritto del Terzo settore*, Il Mulino, Bologna, 2018, pp. 1-211. (**Fabio Vecchi**) 699

CARLO FANTAPPIÈ, *Per un cambio di paradigma. Diritto canonico, teologia e riforme nella Chiesa*, EDB, Bologna, 2019 (**Patrick Valdrini)** 704

JEAN-PIERRE SCHOUPPE, «*Diritto dei rapporti tra Chiesa e comunità politica. Profili dottrinali e giuridici*» PUSC – Facoltà di diritto canonico. Subsidia canonica, 24, EDUSC Roma, 2018, pp. 1-392 (**Fabio Vecchi**) 707

EATRICE SERRA, *Ad normam iuris. Paradigmi della legalità nel Diritto canonico*, Giappichelli, Torino, 2018 (**Vincenzo Pacillo**) 713

STEFANO TESTA BAPPENHEIM, *I simboli religiosi nello spazio pubblico. Profili giuridici comparati*, Università di Camerino. Scuola di Giurisprudenza, 61, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, pp. 1-947 (**Maria Paola Mantovani**) 717

Web e matrimonio canonico: prospettive di analisi della perizia nelle dinamiche processuali

Raffaele Santoro*, Federico Gravino**

Sommario: *1. La prova peritale tra disciplina codicistica e magistero pontificio. – 2. Innovazioni tecnologiche, "nuove" relazioni e matrimonio canonico. – 3. Le prove digitali nel processo canonico e l'ausilio del perito informatico forense. – 4. L'interazione tra scienze giuridiche e scienze umane: giudice ecclesiastico e perito a confronto.*

1. La prova peritale tra disciplina codicistica e magistero pontificio

Il prorompente ingresso di Internet all'interno delle dinamiche sociali ha coinvolto una serie di aspetti inerenti alla persona[1]. Ciò si è riflesso inevitabilmente anche sulle dinamiche di manifestazione ed espressione del consenso matrimoniale canonico e su alcuni profili del processo canonico, con particolare riferimento al ruolo della perizia e del perito[2].

---

* Paragrafi 2, 3.

** Paragrafi 1, 2, 4.

[1] Sul rapporto tra Internet e dinamiche sociali, cfr. Tonino Cantelmi, *Relazioni tecnoliquide: l'amore e l'amicizia ai tempi della rivoluzione digitale*, in Aa.Vv., *Matrimonio e processo: la sfida del progresso scientifico e tecnologico*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2016, p. 264 ss.; Giovanni Cucci, *Internet e cultura. Nuove opportunità e nuove insidie*, Àncora, Milano, 2016, p. 56 ss.; Miguel Benasayang, Gérard Schimt, *L'epoca delle passioni tristi*, Feltrinelli, Milano, 2013, p. 48 ss.; Giuseppe O. Longo, *Homo technologicus*, Ledizioni, Milano, 2012; Fabio Ciotti, Gino Roncaglia, *Il mondo digitale. Introduzione ai nuovi media*, Laterza, Bari, 2010, p. 293 ss.; Zygmunt Bauman, *Paura liquida*, Laterza, Roma-Bari, 2008; Roberto De Vita, *Relazioni sociali e comunità virtuali*, in Fabio Berti, Roberto De Vita, Massimo Mareschi, *Comunità, persona e chat line. Le relazioni sociali nell'era di Internet*, Università di Siena, Siena, 2005, p. 9 ss.; Vincent Mosco, *Webs of Myth and Power. Connectivity and the New Computer Technopolis*, in Andrew Hermann, Thomas Swiss (eds.), *The World Wide Web and Contemporary Cultural Theory*, Routledge, New York-Londra, 2000, p. 37 ss.

[2] Cfr. Maria d'Arienzo, *Zuckerberg e i nuovi rapporti tra diritto e religioni. A proposito di libertà di coscienza nell'era digitale*, in *Diritto e Religioni*, 1, 2019, p. 386 ss., la quale evidenzia che la tecnologia è utilizzata anche nei tribunali ecclesiastici, ma unicamente per le comunicazioni e trasmissioni di atti e certificati, pur non potendone ipotizzare un uso più ampio che si trasformi in una vera e propria sostituzione della ponderazione del giudizio nel caso concreto, affidata alla potestà

L'attenzione rivolta alla figura del perito all'interno del processo matrimoniale canonico è certamente preminente. Ciò in funzione sia delle competenze che il Legislatore richiede per questo particolare tipo di figura, sia per i risvolti che il suo ausilio tecnico può produrre nella dinamica processuale.

Tracce dell'utilizzo della perizia sono rinvenibili già nel processo penale medievale. Nei processi di magia[3], in particolare, si ricorreva all'ausilio di periti, quali esperti in medicina e in scienze della natura[4], per rispondere a quesiti formulati dal giudice/inquisitore, senza possibilità di sostituirsi a quest'ultimo[5], per chiarire avvenimenti soprannaturali[6].

Il vigente Codice di Diritto Canonico fa propria l'essenza dello strumento peritale (Libro VII, Parte II, Titolo IV, Capitolo IV, cann. 1574-1581)[7], come d'altronde è stato previsto fin dalla sua nascita[8]. L'assenza di una definizio-

---

giurisdizionale canonica.

[3] Cfr. Ciro Tammaro, *L'instructio probatoria nel processo penale medievale: osservazioni canoniche sull'ammissione e l'assunzione dei mezzi di prova nei secoli XIII e XIV*, in *Ius Canonicum*, 58, 2018, p. 781 ss.

[4] Cfr. Francesco Bordoni, *Manuale consultorum in causis Sancti Officii contra haereticum pravitatem refertum, quamplurimis dubiis novis, & veteribus resolutis. Opus posthumum, undequaque absolutissimum*, Sumptibus Iosephi ab Oleo: per Hyppolitum, & fratres de Rosatis, Parma, 1693, p. 123 ss., il quale ha offerto un puntuale commento della disciplina della perizia nel diritto romano e medievale, nonché sulle qualità e i titoli che il perito doveva possedere per svolgere il proprio compito presso il Tribunale dell'Inquisizione.

[5] Cfr. Bernardo Da Como, *Lucerna inquisitorum haereticae pravitatis et eiusdem Tractatus de strigibus*, Ex officina Bartholomaei Grassi, Roma, 1584, p. 187 ss., il quale ha evidenziato la funzione meramente ausiliaria, in ambito tecnico-scientifico, del perito.

[6] Cfr. Célestin Douais, *L'inquisition. Ses origines-sa procedure*, Plon-Nourrit, Parigi, 1906, p. 100 ss., il quale ha rilevato l'esistenza, nell'ambito del processo penale medievale, della perizia giuridica, alla quale l'inquisitore ricorreva allorquando era necessario fornire soluzione ad un delicato problema di diritto. Il giusperito forniva, in tal caso, il suo parere a voce o per iscritto.

[7] Cfr. Vittorio Palestro, *Le perizie*, in Aa.Vv., *I mezzi di prova nelle cause matrimoniali secondo la giurisprudenza rotale*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1995, p. 72 ss., il quale conferma la natura della perizia, ricordando un decreto di Papa Innocenzo III del 1209, con cui chiedeva espressamente il parere di un medico per accertare se i primi colpi inferti con un badile da un sacerdote ad un ladro di arredi sacri fossero stati di per sé letali oppure se la morte fosse sopravvenuta successivamente per i colpi ricevuti da altre persone sopraggiunte. L'*excursus* presentato vede l'avvicendamento di figure, quali l'Assessore, ossia un perito consigliere del giudice, il cui compito specifico era quello di consigliare ed assistere il giudice specialmente in questioni nelle quali egli non aveva una particolare competenza; il Consultore, specificamente indicato nelle cause di nullità matrimoniale, di ordinazione e della professione religiosa, nominato *ex officio* dal giudice quando ritenuto necessario, ma con l'adozione di un patrono da assegnare alla parte che ne fosse sprovvista o che non fosse in grado di difendersi da sola.

[8] Cfr. Maria Pietrella, *La prova atipica e la sua liceità. Sistemi processuali a confronto*, Aracne, Roma, 2019, p. 78 ss., la quale sottolinea che dottrina maggioritaria è concorde nell'affermare che la perizia, così come oggi concepita e strutturata, sia nata dall'evoluzione della prassi rotale codificata per la prima volta con le *Regulae servandae in judiciis apud Sacrae Romane Rotae Tribunal* del 1910 (in *AAS*, 1910, p. 783).

ne giuridica dello strumento in esame[9] non osta alla possibilità di considerarlo quale "prezioso contributo per il raggiungimento di quella inderogabile certezza morale richiesta dal giudice per il pronunciamento di una sentenza giusta"[10].

Il can. 1574 *c.j.c.* sancisce infatti il ricorso all'ausilio dei periti «*ogniqualvolta (…) è necessario il loro esame o il parere, fondato sulle regole della pratica e della scienza*». Compito del perito è dunque rendere edotto il giudice di quel sapere tecnico di cui egli può essere sprovvisto, deve cioè risolvere questioni tecniche non giuridiche, in quanto non è ammissibile che il giudice demandi al perito l'incarico di esprimere un parere di natura giuridica in merito ai fatti controversi[11].

Gli elementi essenziali della perizia sono l'esame peritale e il voto[12], chiamato anche relazione[13], la cui assenza priverebbe lo strumento peritale della sua tecnicità[14]. Il Legislatore universale codifica inoltre differenti tipologie di perizia[15]: giudiziale, se il perito è nominato o approvato dal giudice all'interno

---

[9] Cfr. Manuel Jesús Arroba Conde, *Diritto processuale canonico*, Ediurcla, Roma, 2012, p. 468 ss., il quale, pur in assenza di una definizione normativa, considera la perizia come una speciale testimonianza offerta su fatti relativi all'oggetto della controversia: speciale per la qualifica della persona che la offre, ossia il perito, e per il modo speciale con cui il perito viene a conoscenza dei fatti.

[10] Claudio Marras, *L'intervento periziale nelle cause di nullità matrimoniale*, in *Diritto e religioni*, 2, 2012, p. 69.

[11] Cfr. Claudio Papale, *I processi. Commento ai canoni 1400-1670 del Codice di Diritto Canonico*, Urbaniana University Press, Città del Vaticano, 2017, p. 291 ss.

[12] Cfr. Manuel Jesús Arroba Conde, *Prova e difesa nel processo di nullità del matrimonio canonico. Temi controversi*, Eupress FTL, Lugano, 2008, p. 154 ss.

[13] Cfr. Francisco J. Ramos, Piotr Skonieczny, *Diritto processuale canonico*, Vol. 2, Angelicum University Press, Roma, 2014[3], p. 426 ss.

[14] Cfr. Carlo Gullo, *Periti e perizia (art. 203-213 Instr. "Dignitas Connubii")*, in Piero Antonio Bonnet, Carlo Gullo (a cura di), *Il giudizio di nullità matrimoniale dopo l'istruzione "Dignitas connubii". Parte terza: la parte dinamica del processo*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2008, p. 427 ss., il quale rileva che in tal senso si era già pronunciato il Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica con il decreto del 16 giugno 1988.

[15] Cfr. Vittorio Palestro, *Le perizie*, cit., p. 71 ss., il quale evidenzia che il termine "perito" all'interno del Codice di Diritto Canonico non sempre viene indicato nella stessa accezione. Il can. 228 § 2, ad esempio, equipara la figura del perito a quella del consigliere che presta il suo aiuto ai Vescovi per il restauro delle immagini sacre (can. 1189), la costruzione e la riparazione di chiese, le alienazioni di beni ecclesiastici. Si chiede altresì l'intervento del perito, quale parere medico necessario per l'ammissione agli Ordini sacri, nel caso di un soggetto affetto da qualche forma di amenza o di altra infermità psichica (can. 1041) oppure nel caso di inibizione ad esercitare gli Ordini sacri se un soggetto manifesti successivamente gli stessi sintomi (can. 1044). Si parla di "perito" anche nella procedura per dispensa da matrimonio rato e non consumato; nell'esame delle dottrine eterodosse presso la Congregazione per la Dottrina della Fede, nonché nelle questioni amministrative, richiedendosi un voto consultivo presso il Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica.

del giudizio[16], ed extragiudiziale[17], quando è la parte o altra autorità giudiziale[18] a conferire l'incarico al perito al di fuori del giudizio, senza alcun intervento del giudice[19]. La distinzione è sottolineata dal can. 1575 *c.j.c.*, secondo cui la designazione del perito appartiene in ogni caso al giudice, sia di propria iniziativa che su proposta delle parti[20], il quale potrà altresì assumere le relazioni già fatte da altri periti[21].

La natura tecnica dello strumento peritale ha favorito dibattitti dottrinali in ordine al valore probatorio dello stesso[22]. Un orientamento ha ritenuto che la perizia è da considerarsi al pari di una consulenza: il perito infatti presenta al giudice un'interpretazione tecnica dei fatti acquisiti in giudizio[23]. Si sostie-

---

[16] Cfr. Carlo Gullo, *Periti e perizia (art. 203-213 Instr. "Dignitas Connubii")*, cit., p. 426 ss., il quale parla di perito "d'ufficio"; Gian Paolo Montini, *De iudicio contentioso ordinario. De processibus matrimonialibus. Pars dynamica, ad usum Auditorum*, Pontificia Università Gregoriana, Roma, 2004, p. 239 ss., il quale parla di perito necessario.

[17] Cfr. Davide Salvatori, *I criteri del giudice nell'assumere la perizia (psichiatrica/psicologica) all'interno del processo di nullità matrimoniale per vizi del consenso*, in Janusz Kowal, Joaquín Llobell (a cura di), *«Iustitia et Iudicium». Studi di diritto matrimoniale e processuale canonico in onore di Antoni Stankiewicz*, Vol. IV, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2010, p. 1883 ss., il quale ricorda che il CIC 1917 non parla della perizia extragiudiziale, ma solo di quella giudiziale, tra l'altro prevista e resa obbligatoria solo in casi ben determinati: inconsumazione, impotenza, *defectus consensus ob amentiam* e perizia calligrafica.

[18] Cfr. Claudio Papale, *I processi. Commento ai canoni 1400-1670 del Codice di Diritto Canonico*, cit., p. 293 ss., il quale pone in risalto che la possibilità di procedere all'acquisizione di perizie già redatte da altri esperti, anche nominati in sede civile, si è dimostrata assai utile specie nei processi penali per il delitto di acquisizione, detenzione o divulgazione di materiale pedopornografico di cui all'art. 6 § 1, n. 2, delle Norme per i delitti riservati alla Congregazione per la Dottrina della Fede.

[19] È questo il caso dei periti di parte, disciplinati dal can. 1581 *c.j.c.*

[20] Cfr. Manuel Jesús Arroba Conde, *Prova e difesa nel processo di nullità del matrimonio canonico. Temi controversi*, cit., p. 133 ss., il quale rileva che l'Istruzione *Dignitas Connubii* si discosta dal Codice, affidando esclusivamente al giudice la scelta del perito, senza previo ascolto delle parti (art. 204); Davide Salvatori, *I criteri del giudice nell'assumere la perizia (psichiatrica/psicologica) all'interno del processo di nullità matrimoniale per vizi del consenso*, cit., p. 1889 ss., rileva che il Codice vigente distingue chiaramente tra perizia d'ufficio, ossia l'assunzione di un vero e proprio ufficio ecclesiastico che abilita ad agire a nome della Chiesa, e la perizia privata, per cui il perito riceve un'approvazione (*habilitas*) ad agire come perito privato all'interno del processo canonico.

[21] Cfr. Paolo Bianchi, *Le perizie mediche e, in particolare, quelle riguardanti il can. 1095*, in Héctor Franceschi, Joaquín Llobell, Miguel Ortiz (a cura di), *La nullità del matrimonio: temi processuali e sostantivi in occasione della "Dignitas Connubii"*, Edusc, Roma, 2005, p. 173 ss., il quale intende in senso stretto il verbo "assumere", nel senso che la perizia prodotta dalle parti possa essere soltanto acquisita agli atti; *contra*, Carlo Gullo, *Prassi processuale nelle cause canoniche di nullità del matrimonio*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2009, p. 199 ss., sostiene che la perizia possa essere assunta dal giudice in sostituzione della perizia d'ufficio.

[22] Cfr. Cristiano Barbieri, Alessandra Luzzago, *Perizia psichiatrica: generalità*, in Cristiano Barbieri, Alessandra Luzzago, Luciano Musselli (a cura di), *Psicopatologia forense e matrimonio canonico*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2005, p. 213 ss., i quali passano in rassegna le diverse posizioni dottrinali circa la natura della perizia.

[23] Cfr. Salvatore Berlingò, *Dalla perizia alla consulenza nel processo canonico*, in Sandro Gherro

ne, d'altra parte, che la perizia è un mezzo di prova. Essa, unitamente alle altre prove, "contribuisce al raggiungimento di quella verità che al giudice è sconosciuta"[24]. Di conseguenza è possibile considerare caratteristiche della prova peritale l'autonomia, intesa quale possibilità di scelta in capo all'esperto del metodo di indagine da seguire, e la cooperazione rispetto alla conoscenza del giudice[25].

Dubbi sono sorti anche in merito alla figura del perito. Circa il suo dovere di riferire al giudice sulla realtà dei fatti[26] è stato qualificato come teste[27], a differenza di chi lo ha annoverato tra gli ausiliari del giudice, in quanto chiamato ad esprimere un giudizio tecnico[28].

I divergenti orientamenti dottrinali esulano dalla specificità che tale figura riveste all'interno del processo canonico. Specificità che si traduce anche nella necessità che il perito abbia determinate qualità. Sul punto, l'art. 205 dell'Istruzione *Dignitas Connubii*[29] ha colmato le lacune presentate dal Codice:

(a cura di), *Studi sul processo matrimoniale canonico*, Cedam, Padova, 1991, p. 1 ss.; Bruno Gianesin, *Perizia e capacità consensuale nel matrimonio canonico*, Gregoriana Libreria Editrice, Padova, 1989, p. 42 ss., il quale ha affermato che la perizia non è una prova ma un frammento della sentenza.

[24] Cfr. Jan Slowinski, *Perizia psichica nel processo matrimoniale canonico con particolare riferimento ai disturbi dell'orientamento sessuale*, Lateran University Press, Città del Vaticano, 2009, p. 255 ss.; Antonio Stankiewicz, *I doveri del giudice nel processo matrimoniale canonico*, in *Apollinaris*, 1, 1987, p. 224 ss.; Francisco Xaviér Wernz, *Ius canonicum*, vol. VI, *De Processibus*, Università Gregoriana, Roma, 1949, p. 448 ss.

[25] Cfr. Antoni Stanckiewicz, *La configurazione processuale del perito e della perizia nelle cause matrimoniali per incapacità psichica*, in *Quaderni dello Studio Rotale*, 5, 1990, p. 57 ss.

[26] Cfr. Claudio Papale, *I processi. Commento ai canoni 1400-1670 del Codice di Diritto Canonico*, cit., p. 295 ss., il quale ribadisce la sostanziale diversità del contenuto tra la testimonianza che si poggia sulla percezione sensitiva del fatto da parte del teste e la perizia in cui la situazione oggettiva viene ricostruita e valutata dal perito con giudizio storico e critico a seconda delle regole di sua scienza ed esperienza.

[27] Cfr. Luigi Chiappetta, *Il Codice di diritto canonico. Commento giuridico-pastorale*, vol. II, a cura di Francesco Catozzella, Arianna Catta, Claudia Izzi, Luigi Sabbarese, Dehoniane, Bologna, 2011[3], n. 5494, il quale evidenzia che l'estensione al perito della disciplina del teste *ex* can. 1576 dipenderebbe dal fatto che quest'ultimo sarebbe in sostanza un teste. Egli sottolinea che non sarebbe di certo un teste "*de visu et de auditu*", ma "*de arte et de scientia*", ossia un teste tecnico; *contra*, Manuel Jesús Arroba Conde, *Prova e difesa nel processo di nullità del matrimonio canonico. Temi controversi*, cit., p. 123 ss., ritiene sterile questa assimilazione, in quanto la prova peritale ha una propria specificità che, se è vero che è un mezzo di prova, non ammette però equiparazione con gli altri elementi probatori.

[28] Cfr. Francisco J. Ramos, Piotr Skonieczny, *Diritto processuale canonico*, cit., p. 225 ss., i quali rilevano che nella pratica di alcuni tribunali il perito appare come coadiutore del giudice perché interviene nell'interrogatorio delle parti e nell'esame dei testimoni e qualche volta persino nella sessione deliberativa dei giudici previa alla sentenza.

[29] Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi, Istruzione *Dignitas Connubii* da osservarsi nei tribunali diocesani ed interdiocesani nella trattazione delle cause di nullità del matrimonio, 25 gennaio 2005, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2005.

«§ 1. All'incarico peritale siano deputati coloro che, non soltanto possiedono un'abilitazione professionale, ma sono anche ben qualificati per la loro scienza ed esperienza, e godano di buona reputazione per onestà e religiosità.

§ 2. Affinché l'opera del perito, nelle cause concernenti l'incapacità di cui al can. 1095, risulti realmente utile, si deve prestare la massima attenzione a scegliere periti che aderiscono ai principi dell'antropologia cristiana»[30].

L'Istruzione evidenzia che il perito sia una persona dotata di particolare competenza per provare un determinato fatto o riconoscere l'autentica natura delle cose che richiedono una preparazione specifica[31] in una determinata scienza o arte[32], che non rientra necessariamente in quella giuridica. Si precisa inoltre che al perito sia riconosciuta una indubbia onestà e religiosità[33], pur non essendo prescritto il ricorso ad un professionista di religione cattolica[34].

Il Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi, in relazione alle cause di dichiarazione di nullità del matrimonio nei casi di cui al can. 1095 *c.j.c.*[35], ha raccomandato la necessità che il perito aderisca ai principi dell'antropologia cristiana e ai principi filosofici congruenti con la visione cristiana dell'uomo. Raccomandazione condivisa sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza canonica[36], ritenendosi necessario che il professionista conosca l'insegnamento

---

[30] Pio XII, Costituzione apostolica *Provida mater,* 02 febbraio 1947, in *AAS*, 39, 1947, pp. 114-124, art. 151, annoverava tra i criteri di idoneità del perito la professione di una "sana dottrina".

[31] Cfr. Cristiano Barbieri, Alessandra Luzzago, *Perizia psichiatrica: generalità*, cit., p. 217 ss., i quali sostengono che la qualifica giuridica della perizia come mezzo probatorio implica l'oggettiva necessità di una particolare preparazione ed affidabilità da parte di chi la redige, poiché proprio le sue capacità personali e professionali consentono al perito, attraverso il suo operato, di riuscire a provare la natura del fatto.

[32] Cfr. Giuseppe Versaldi, *L'oggettività delle prove in campo psichico: una ricerca interdisciplinare sulle sentenze della S. Romana Rota dal 1967 al 1976 in tema di impotentia coëundi per cause psichiche*, Morcelliana, Brescia, 1981, p. 192 ss.

[33] Cfr. Manuel Jesús Arroba Conde, *Prova e difesa nel processo di nullità del matrimonio canonico. Temi controversi*, cit., p. 135 ss., il quale specifica che questi criteri possono incidere solo nella designazione del perito ufficiale, mentre sarebbe difficile ammettere che eventuali dubbi circa la moralità o religiosità del perito possano giustificare la mancata ammissione di perizie extragiudiziali, sia in aggiunta sia anche in sostituzione della perizia ufficiale.

[34] Benedetto XIV, Costituzione apostolica *Dei Miseratione*, 03 novembre 1741, in Pietro Gasparri (a cura di), *Codicis Iuris Canonici Fontes*, I, Libreria Editrice Vaticana, Roma, 1926, pp. 695-701, affermava che di preferenza i periti vanno scelti tra i cattolici, ma possono anche essere tollerati gli acattolici purché consti che si tratti di individui probi ed onesti, non animati da spirito ostile verso la religione cattolica, come pure può essere nominato perito un iscritto alla massoneria.

[35] Cfr. Ugo Fornari, *Psicopatologia e psichiatria forense*, Utet, Torino, 1989, p. 484 ss., il quale presenta le possibili ipotesi rientranti nel caso in esame.

[36] Cfr. Piero Antonio Bonnet, *Il Giudice e la perizia*, in Piero Antonio Bonnet, Carlo Gullo (a cura di), *L'immaturità psico-affettiva nella giurisprudenza della Rota Romana*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1990, p. 63 ss.; in merito alla giurisprudenza, *ex plurimis*, *coram* Masala, 17 dicembre 1985, in *Rotae Romanae Decisiones*, 77, 1993, p. 605 ss.; *coram* Doran, 06 luglio 1989,

cattolico sul matrimonio e la sua indissolubilità, la giurisprudenza canonica in tema di vizi del consenso, di impotenza e di non consumazione del matrimonio[37].

Anche il Magistero pontificio ha apportato un notevole contributo in materia. A partire da Giovanni Paolo II il comune obiettivo è stato "proteggere la comunità ecclesiale dallo scandalo di vedere sfaldarsi il valore del matrimonio cristiano"[38], temendo che particolari correnti antropologiche siano poco conciliabili con l'antropologia cristiana che fonda il matrimonio canonico. I criteri seguiti dall'esperto non devono dunque porsi in contraddizione con i principi essenziali ed i presupposti irrinunciabili della Rivelazione cristiana[39].

Sul punto, il can. 1575 *c.j.c.* attribuisce al giudice il potere di "nominare i periti, udite le parti o su loro proposta, oppure, se del caso, assumere le relazioni già fatte da altri periti", mentre il can. 1576 *c.j.c.* prevede l'esclusione del perito da parte del giudice (e la ricusazione ad opera delle parti)[40]. Resta ferma tuttavia la competenza del giudice circa l'idoneità o meno di un professionista allo svolgimento dell'incarico di perito[41].

Resta tuttavia fermo che il giudice, in via generale, non è obbligato alla nomina di un perito, salve le ipotesi in cui occorra accertare un "difetto di consenso per malattia mentale"[42], come ad esempio nella valutazione di quanto

---

in *Rotae Romanae Decisiones*, 81, 1997, p. 491 ss.; *coram* Bruno, 30 marzo 1990, in *Rotae Romanae Decisiones*, 82, 1998, p. 257 ss.; *coram* Burke, 07 novembre 1991, in *Rotae Romanae Decisiones*, 83, 1999, p. 709 ss.; *coram* Serrano, 09 gennaio 1998, in *Rotae Romanae Decisiones*, 90, 2006, p. 5 ss.; *coram* Pompedda, 10 dicembre 1998, in *Rotae Romanae Decisiones*, 90, 2006, p. 836 ss.

[37] Cfr. Vittorio Palestro, *Le perizie*, cit., p. 81 ss., il quale rileva l'importanza che il perito e il canonista abbiano un linguaggio comune.

[38] Giovanni Paolo II, *Allocuzione alla Rota Romana*, 26 gennaio 1984, in *AAS*, 76, 1984, p. 648 ss.; Giovanni Paolo II, *Allocuzione alla Rota Romana*, 05 febbraio 1987, in *AAS*, 79, 1987, p. 1453 ss.; Giovanni Paolo II, *Allocuzione alla Rota Romana*, 25 gennaio 1988, in *AAS*, 80, 1988, p. 1178 ss.; Benedetto XVI, *Allocuzione alla Rota Romana*, 29 gennaio 2009, in *AAS*, 101, 2009, p. 124 ss.

[39] Cfr. Claudia Izzi, *Personalismo cristiano e Perizia psichica alla luce della recente Istruzione "Dignitas Connubii"*, in Paolo Gherri (a cura di), *Diritto canonico, Antropologia e Personalismo. Atti della Giornata Canonistica Interdisciplinare*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2008, p. 181 ss.

[40] Cfr. Manuel Jesús Arroba Conde, *Prova e difesa nel processo di nullità del matrimonio canonico. Temi controversi*, cit., p. 135 ss., il quale rileva che le ipotesi di esclusione o ricusazione si possono presentare anche dopo aver formalizzato il mandato. I motivi per la sostituzione del perito sono riconducibili alla "giusta causa" di cui al can. 1555, ossia quei timori di prevenzione che devono essere dimostrati.

[41] Cfr. Francisco J. Ramos, Piotr Skonieczny, *Diritto processuale canonico*, cit., p. 454 ss.

[42] Cfr. Roberto Palombi, *La prova del difetto di uso di ragione e del difetto di discrezione di giudizio*, in Aa.Vv., *La prova della nullità matrimoniale secondo la giurisprudenza della Rota Romana*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2011, p. 133 ss., il quale sottolinea che l'opera dei periti è richiesta sempre, al punto da poter essere omessa nella sola ipotesi in cui il giudice sia al contempo anche medico psichiatra o psicologo clinico.

la dipendenza da Internet sia stata rilevante sulla manifestazione del consenso matrimoniale canonico, secondo il can. 1678 § 3 *c.j.c.*[43].

L'unica eccezione[44] si configura allorquando l'ausilio del perito "dalle circostanze non appaia evidentemente inutile": tale ipotesi è configurabile quando è manifesta l'infondatezza della causa, oppure se è chiaro che la causa sia fondata. In entrambe le ipotesi la perizia potrebbe essere un dispendio di soldi e di tempo[45]. Nel caso in esame si potrebbe prescindere dalla perizia quando tra i materiali istruttori vi siano documenti clinici concludenti sullo stato psichico della persona, a condizione che questi siano giuridicamente sufficienti ed esplicitino in modo adeguato l'origine, la gravità, lo sviluppo e l'incidenza delle eventuali disfunzioni[46].

Tali elementi, come sancito dal can. 1578 § 2 *c.j.c.*, rappresentano i capisaldi intorno ai quali il perito deve redigere la propria relazione. L'esperto deve infatti indicare quali sono stati i criteri e metodi osservati nell'espletare il proprio compito, nonché indicare le ragioni per le quali egli è giunto a determinate conclusioni[47], con l'obiettivo di ripercorrere gli atti della causa ed evidenziare gli elementi psichici che possono avere una particolare incidenza rispetto all'oggetto del processo[48]. Il giudice, in tal modo, potrà avere maggiore chiarezza e conoscenza delle dinamiche intercorrenti tra le facoltà

---

[43] Con l'entrata in vigore della riforma del processo matrimoniale canonico ad opera di Papa Francesco, tale canone sostituisce il disposto del can. 1680 del Codice giovanneo-paolino.

[44] Cfr. Francisco J. Ramos, Piotr Skonieczny, *Diritto processuale canonico*, cit., p. 441 ss., i quali evidenziano che l'eccezione fu introdotta per la mancanza di periti in alcuni luoghi o allorquando l'ausilio tecnico non fosse stato necessario.

[45] Gian Paolo Montini, *De iudicio contentioso ordinario. De processibus matrimonialibus. Pars dynamica, ad usum Auditorum*, cit., p. 242 ss.

[46] Cfr. Gabriele Fattori, *Collaborazione e conflitto tra Giudice e Perito nel Diritto matrimoniale canonico*, in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2, 2009, p. 396 ss., il quale riporta un orientamento giurisprudenziale secondo il quale il giudice deve o può omettere la perizia quando non vi siano significativi elementi che inducano almeno la "*suspicio circa discretionis iudicii defectum*": *coram* Colagiovanni, 27 giugno 1986, in *Rotae Romane Decisiones*, vol. 78, 1994, p. 414 ss.; *coram* Agustoni, 15 luglio 1986, in *Rotae Romane Decisiones*, vol. 78, 1994, p. 461 ss.; *coram* Stankiewicz, 20 luglio 1995, in *Rotae Romane Decisiones*, vol. 87, 2003, p. 515 ss. *Contra*, Manuel Jesús Arroba Conde, *Prova e difesa nel processo di nullità del matrimonio canonico. Temi controversi*, cit., p. 150 ss., ritiene che un simile orientamento metta a repentaglio il diritto alla difesa, non considerando il presupposto per cui la legge stabilisce la necessità della perizia.

[47] Cfr. Claudio Papale, *I processi. Commento ai canoni 1400-1670 del Codice di Diritto Canonico*, cit., p. 298 ss., il quale individua la *ratio* della norma nella necessità di rendere intellegibile al giudice l'elaborato peritale.

[48] Cfr. Roberto Palombi, *Il Giudice e la valutazione delle Perizie*, in Paolo Gherri (a cura di), *Discernere e scegliere nella Chiesa. Atti della Giornata Canonistica Interdisciplinare*, Lateran University Press, Città del Vaticano, 2016, p. 235 ss., il quale sottolinea che al perito è affidato il compito tecnico di prospettare la situazione psicologica della persona e di giungere ad una diagnosi della medesima che sia attendibile e formulata in chiave strutturale, non meramente descrittiva.

psicologiche della parte e il consenso matrimoniale prestato: spetta al perito, pertanto, attraverso un percorso logico, verificare se la presenza di una "seria forma di anomalia" abbia prodotto effetti sulla facoltà intellettiva e volitiva, al punto da determinare un'incapacità consensuale[49].

Il Codice, al can. 1578 § 3, riconosce altresì al giudice la possibilità di convocare l'esperto "perché fornisca le spiegazioni che sembrino ulteriormente necessarie", nell'ipotesi in cui l'operato del perito dia adito a dubbi: si pensi ai casi in cui si ravvisi contrarietà tra il lavoro di quest'ultimo e gli altri elementi di prova in atti, oppure quando il metodo seguito o la logica dell'argomentazione non appaiano chiari, o quando faccia uso di concetti non ritenuti conformi ad una retta visione cristiana dell'uomo e del matrimonio[50].

Certamente la perizia, specie se effettuata nei casi obbligatori previsti dalla legge, presenta caratteristiche particolari, che richiedono competenze tecnico-scientifiche del perito altrettanto specifiche. Per tal ragione essa può incidere profondamente sui soggetti e sulle relative dinamiche processuali.

Lo strumento peritale può dunque rappresentare la possibilità, quanto meno per i soggetti che vi si sottopongono, di far luce sulla propria realtà psicologica in prospettiva di un cammino terapeutico, specie se si considera la «funzione sommamente educativa, individuale e sociale del diritto canonico»[51].

2. Innovazioni tecnologiche, "nuove" relazioni e matrimonio canonico

La stabilità dei confini geografici, territoriali e culturali sembra esser stata di gran lunga superata dalla diffusione di Internet tra i mezzi di comunicazione[52]. Ciò ha determinato un mutamento di stili di vita, personali e relazionali[53], tanto da incidere sulle scelte dei singoli e della collettività[54].

La Chiesa cattolica ha letto con attenzione tale fenomeno, ritenendo i

---

[49] Cfr. Pedro Juan Viladrich, *Il consenso matrimoniale*, cit., p. 113 ss.

[50] Cfr. Paolo Bianchi, *Le prove: a) dichiarazioni delle parti; b) presunzioni; c) perizie*, in Gruppo Italiano dei Docenti di Diritto Canonico (a cura di), *I giudizi nella Chiesa. Il processo contenzioso e il processo matrimoniale*, XXIV Incontro di Studio, Volla Luzzago. Ponte di Legno (BS), 30 giugno-04 luglio 1997, Glossa, Milano, 1998, p. 106 ss.

[51] Giovanni Paolo II, *Allocutio: ad Decanum Sacrae Romanae Rotae, ad eiusdemque Tribunalis Praelatos auditores, ineunte Anno iudiciali habita*, 17 febbraio 1979, in *AAS*, 71, 1979, p. 423 ss.

[52] Cfr. diffusamente Giuseppe Longo, *Homo technologicus*, cit., il quale evidenzia la crescita esponenziale delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione.

[53] Cfr. Giovanni Cucci, *Internet e cultura. Nuove opportunità e nuove insidie*, cit., p. 56 ss.

[54] Cfr. Daniele La Barbera, *Le dipendenze tecnologiche. La mente dei nuovi scenari dell'addiction "tecnomediata"*, in Vincenzo Caretti, Daniele La Barbera (a cura di), *Le dipendenze patologiche. Clinica e psicopatologia*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2005, p. 113 ss.

nuovi mezzi di comunicazione sociale «strumenti potenti di educazione e di arricchimento culturale, di commercio e partecipazione politica, di dialogo e comprensioni interculturali… tuttavia possono anche essere utilizzati per sfruttare, manipolare, dominare e corrompere»[55]. La prospettiva conciliare ha infatti mostrato un atteggiamento positivo per «quelle meravigliose invenzioni tecniche … che più direttamente riguardano le facoltà spirituali dell'uomo e che hanno offerto nuove possibilità di comunicare, con massima facilità, ogni sorta di notizie, idee, insegnamenti»[56].

Internet è dunque considerato quale mezzo «per realizzare concretamente il carattere di "comunione" della Chiesa»[57].

Le novità tecnologiche hanno inoltre strutturato *ex novo* gli spazi[58], sia reali[59] che virtuali[60], contribuendo alla formazione di "universi di esperienza slegati dalle dimensioni materiali e concrete non esistenti almeno nel senso fisico e tangibile al quale siamo stati abituati"[61].

Tra le conseguenze di tale innovazione vi è l'affiorare di nuovi modelli comportamentali[62] e relazionali[63]. Se da un lato il *web* rende più accessibili le interazioni tra soggetti, è pur vero che queste possono essere preferite solo per soddisfare esigenze del momento[64], che spesso sfociano in legami e relazioni

---

[55] Pontificio Consiglio delle Comunicazioni Sociali, *Etica in Internet*, 22 febbraio 2002, documento consultabile sul sito *www.vatican.va*.

[56] Concilio Vaticano II, Decreto *Inter Mirifica* sugli strumenti di comunicazione sociale, 04 dicembre 1963, in *AAS*, 56, 1964, pp. 145-157.

[57] Pontificio Consiglio delle Comunicazioni Sociali, Istruzione pastorale *Aetatis novae* sulle Comunicazioni Sociali nel 20° Anniversario della *Communio et Progressio*, 22 febbraio 2002, 22 febbraio 1992, in *Enchiridium Varicanum*, 13, nn. 1002-1105.

[58] Cfr. Federico Tosoni, *Psicopatologia web-mediata. Dipendenza da internet e nuovi fenomeni dissociativi*, Springer, Milano, 2013, p. 69 ss.

[59] Cfr. Maria d'Arienzo, *Zuckerberg e i nuovi rapporti tra diritto e religioni. A proposito di libertà di coscienza nell'era digitale*, cit., p. 389 ss.

[60] Cfr. Derrick de Kerckhove, *La civilizzazione video-cristiana*, Feltrinelli, Milano, 1995, p. 18 ss., il quale afferma che la mente umana, con le tecnologie dell'era digitale, ha la possibilità di utilizzare mezzi per modificare direttamente e intensamente la propria mente, la propria sensorialità. Egli pertanto introduce il termine "psicotecnologia" per indicare una tecnologia della mente, ossia un dispositivo tecnologico in grado di modificare, estendere o supportare in qualche modo l'attività psichica.

[61] Daniele La Barbera, *Le dipendenze tecnologiche. La mente dei nuovi scenari dell'addiction "tecnomediata"*, cit., p. 114.

[62] Cfr. Giovanni Cucci, *Internet e cultura. Nuove opportunità e nuove insidie*, cit., p. 15 ss.

[63] Cfr. Fabio Ciotti, Gino Roncaglia, *Il mondo digitale. Introduzione ai nuovi media*, cit., p. 293 ss., i quali sottolineano che la società del XXI secolo assiste ad una rivoluzione digitale, capace di condizionare l'immaginario e di formare le coscienze dell'uomo.

[64] Cfr. Miguel Benasayang, Gérard Schimt, *L'epoca delle passioni tristi*, cit., p. 48 ss., i quali evidenziano che il termine desiderio è stato sostituito con il termine "voglie".

liquide[65].

Si entra dunque in contatto con un'identità meramente virtuale, che struttura il proprio riferimento in quella "connessione", sul presupposto che ciò che è rappresentato e riprodotto dallo strumento tecnologico sia da preferire alla realtà o sia esso stesso la realtà. È stato infatti osservato che "il soggetto post-moderno vive immerso in relazioni, abilità e conoscenze in continua evoluzione, che lo abituano a mutare forma in base al contenitore che lo rende visibile, mentre lo rendono incapace di assumere impegni e forme di identità credibili, stabili e solide"[66].

Notevoli sono pertanto i rischi nei quali ci si può imbattere nell'utilizzo di Internet[67]. Papa Francesco ha affermato al riguardo che «se internet rappresenta una possibilità straordinaria di accesso al sapere, è vero anche che si è rivelato come uno dei luoghi più esposti alla disinformazione e alla distorsione consapevole e mirata dei fatti e delle relazioni interpersonali, che spesso assumono la forma del discredito»[68].

Un abuso di tale strumento certamente non esclude la formazione di patologie.

Tra queste si annovera la dipendenza da Internet, classificata dalla dottrina psichiatrica[69] come disturbo comportamentale[70]. Nota come *Internet Addiction Disorder* o dipendenza cyber-relazionale[71], essa è ricompresa nella categoria dei Disturbi da Dis-controllo degli Impulsi[72]. Sintomo principale di tale

---

[65] Cfr. Tonino Cantelmi, *Relazioni tecnoliquide: l'amore e l'amicizia ai tempi della rivoluzione digitale*, cit., p. 264 ss.

[66] Cfr. Tonino Cantelmi, *Tecnoliquidità. La psicologia ai tempi di internet: la mente tecnoliquida*, San Paolo Edizioni, Milano, 2013, p. 9 ss., il quale concentra l'attenzione sull'impatto che la rivoluzione digitale ha avuto all'interno di un definito quadro socio-economico.

[67] Cfr. Maria d'Arienzo, *Zuckerberg e i nuovi rapporti tra diritto e religioni. A proposito di libertà di coscienza nell'era digitale*, cit., p. 385 ss., la quale evidenzia l'utilizzo del termine "gabbia" quale accezione negativa di rete, per indicare una specifica prospettiva centrata sulle possibili lesioni che dalla potenzialità della comunicazione informatica possono derivare sulla sfera di libertà della persona.

[68] Francesco, Messaggio per la 53ma Giornata Mondiale delle Comunicazioni Sociali, 24 gennaio 2019, consultabile sul sito *www.vatican.va*

[69] Cfr. Alberto Siracusano, Alfonso Troisi, *Concetto di disturbo mentale e sistemi nosografici*, in Aa.Vv., *Manuale di Psichiatria*, Il Pensiero Scientifico Editore, Roma, 2014, p. 3 ss., i quali sostengono la difficoltà di classificazione della patologia in esame, in quanto la diagnosi psichiatrica è il risultato di un processo dinamico in continua evoluzione tanto che il concetto di disturbo mentale è a tutt'oggi un problema irrisolto in psichiatria.

[70] Cfr. Daniele La Barbera, *Le dipendenze tecnologiche. La mente dei nuovi scenari dell'addiction "tecnomediata"*, cit., p. 129 ss.

[71] Cfr. François Xavier Poudat, *La dipendenza amorosa. Quando l'amore e il sesso diventano una droga*, Lit, Roma, 2006, p. 155 ss.

[72] Cfr. Cesare Maria Cornaggia, Massimiliano Beghi, Federica Peroni, *Le dipendenze nell'età*

patologia è la possibilità di descriversi e dare di sé un'immagine non reale, basata su fantasie o su ciò che si crede che all'altro possa far piacere[73]. Si idealizza cioè la persona conosciuta, rifiutando l'idea di un incontro reale e restando appagati di fatto dall'immagine virtuale. Tali premesse favoriscono la nascita della relazione.

In presenza di una particolare intensità, il disturbo in esame impedisce di resistere alla spinta di determinati impulsi, rendendo il soggetto che ne dipende incapace ad autodeterminarsi liberamente e determinando gravi ricadute sulla propria volontà[74], che è elemento centrale del consenso matrimoniale.

In tale prospettiva, la struttura psicologica del soggetto subisce una deviazione tale da formare una incapacità a manifestare un valido consenso matrimoniale[75].

Questo, come elemento fondamentale costitutivo del matrimonio canonico, è definito dal can. 1057 *c.j.c.* come "l'atto della volontà con cui l'uomo e la donna si donano e si accettano reciprocamente con patto irrevocabile, per costituire il matrimonio". A differenza della previsione piano-benedettina, che vedeva il consenso matrimoniale esclusivamente come "*ius in corpus perpetuum et exclusivum*" (can. 1081 § 2), il vigente Codice amplia l'oggetto di analisi, includendovi anche la persona stessa dei contraenti, i quali si donano e si accettano reciprocamente in quanto coniugi, in tutta la ricchezza delle componenti e dei valori del loro essere, sì da costituire il *consortium totius vitae*[76].

Possono tuttavia sorgere delle anomalie legate alla capacità consensuale, tali da incidere sulla validità del matrimonio. Le cause di nullità derivanti da queste dinamiche possono riguardare l'assenza di un consenso pieno, ossia un

---

della tecnica, in Aa.Vv., *Matrimonio e processo: la sfida del progresso scientifico e tecnologico*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2016, p. 231 ss., i quali individuano come cause della dipendenza in esame bisogni di sicurezza, di comunicare, di stare con qualcuno che, illusoriamente, si pensa di soddisfare con il contatto internet, ma in realtà si rimane continuamente frustrati, perché non si è mai soddisfatti.

[73] Cfr. Tonino Cantelmi, *Le dipendenze comportamentali*, in Aa.Vv., *Dipendenze psicologiche e consenso matrimoniale*, Libreria Editrice Vaticna, Città del Vaticano, 2009, p. 202 ss.

[74] Cfr. Piero Amenta, *Sindromi di dipendenza comportamentale e consenso matrimoniale. Aspetti canonistici*, in Aa.Vv., *Dipendenze psicologiche e consenso matrimoniale*, cit., p. 185 ss.

[75] Cfr. Francesco Quattrone, *Dipendenza da Internet: rilevanza civile nelle cause matrimoniali di nullità*, in Janusz Kowal, Joaquín Llobell (a cura di), «*Iustitia et Iudicium*». *Studi di diritto matrimoniale e processuale canonico in onore di Antoni Stankiewicz*, Vol. I, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2010, p. 591 ss., il quale evidenzia che la scienza medica è univoca nell'affermare che si possono verificare tre disturbi del Sé, conseguenti all'abuso: ossessività, impulsività e compulsività. Questi disturbi comportano una modifica della personalità e del comportamento del soggetto internet dipendente il cui stile di vita subisce una indubbia metamorfosi.

[76] Questo specifico "donarsi e accettarsi", in quanto uomo e donna, richiede una dose di previo "dominio e possesso di sé", affinché possa esserci una reale e vera donazione e accettazione reciproca.

consenso consapevole ma volutamente limitato nei suoi contenuti essenziali da uno o da entrambi i contraenti e che dà vita, di conseguenza, al fenomeno della simulazione totale o parziale (can. 1101 *c.j.c.*)[77] oppure il difetto di un consenso genuino, dovuto a cause intrinseche, di origine psicologica, non dipendenti dalla volontà del nubente stesso e che trovano nel can. 1095 *c.j.c.* una compiuta disciplina[78].

Affiorano tuttavia problemi interpretativi in relazione all'applicazione del suddetto canone[79], nel tentativo di comprendere quanto l'utilizzo di Internet costituisca solo un vizio del contraente o dia luogo ad una vera e propria dipendenza[80]. Se si realizzasse tale ipotesi, l'abuso inciderebbe sul corretto funzionamento dell'intelletto e della volontà, elementi indicatori del sufficiente grado di dominio e possesso di sé, di cui il contraente ha bisogno per potersi donare realmente all'altro e accogliere la donazione coniugale dell'altro[81].

La valutazione ha pertanto ad oggetto la sussistenza di un'anomalia di natura psichica che provoca in quel determinato soggetto un insufficiente dominio e possesso di sé e dei propri comportamenti[82]. È necessario dunque chiedersi se la causa psichica influisca sulla capacità discretiva del nubente[83] o renda addirittura impossibile l'assunzione degli obblighi essenziali del matrimonio[84]. A riguardo si è sostenuto che "il rapporto intelletto-volontà deve

---

[77] Cfr. Claudio Marras, *La simulazione (can. 1101)*, in Raffaele Santoro, Claudio Marras (a cura di), *I vizi del consenso matrimoniale*, Urbaniana University Press, Città del Vaticano, 2012, p. 120 ss.

[78] Cfr. Pedro Juan Viladrich, *Il consenso matrimoniale*, Edusc, Roma, 2019, p. 111 ss., offre una dettagliata analisi del can. 1095 *c.j.c.*

[79] Cfr. Zenon Grocholewski, *Cause matrimoniali e "modus agendi" dei tribunali*, in *Ephemerides iuris canonici*, 1, 1993, p. 134 ss., il quale sottolinea che una criticità nella soluzione delle cause di nullità matrimoniale *ex* can. 1095 sia rappresentata dall'esigenza di una specifica e approfondita preparazione di carattere teologico-antropologico dei giudici ecclesiastici, i quali dovrebbero essere in grado di svolgere anche una valutazione critica dell'opera dei periti.

[80] Sul punto, cfr. Pierangelo Pietracatella, Internet Addiction Disorder *e capacità al consenso coniugale. Profili clinici, canonistici e pastorali*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2015.

[81] Cfr. Francesco Quattrone, *Dipendenza da Internet: rilevanza civile nelle cause matrimoniali di nullità*, cit., p. 593 ss., il quale sottolinea che la valutazione della internet dipendenza richiede la considerazione di diversi fattori: la gravità della dipendenza, l'analisi della personalità del soggetto e l'accertamento dei disturbi psicologici nel caso concreto.

[82] Cfr. Luciano Musselli, *La nullità del matrimonio canonico dipendente da cause di interesse medico-legale*, in Cristiano Barbieri, Alessandra Luzzago, Luciano Musselli (a cura di), *Psicopatologia forense e matrimonio canonico*, cit., p. 41 ss.

[83] Rotae Romanae Tribunal, *Decreta*, *Coram* Da Costa Gomez, decreto 16 marzo 2015, in *Sancti Sebastiani Fluminis Ianuarii*, 36, 2015.

[84] Cfr. Luigi Sabbarese, *Il matrimonio canonico nell'ordine della natura e della grazia. Commento al Codice di Diritto Canonico, Libro IV, Parte I. Titolo VII*, Urbaniana University Press, Città del Vaticano, 2016, p. 244 ss., il quale sottolinea che l'incapacità di assumere gli obblighi matrimoniali *ex* can. 1095 n. 3 è giuridicamente rilevante solo se riguarda gli obblighi essenziali dello stato coniugale,

fondarsi sulla capacità di attribuire un significato compiuto alla scelta matrimoniale, di valutare criticamente quali conseguenze comportino il matrimonio e le sue obbligazioni essenziali, su un'adeguata consapevolezza della incidenza di tali diritti e doveri sulla propria esistenza, nonché sulla capacità di autodeterminazione con sufficiente ponderazione dei motivi e con volontà ragionevolmente svincolata da impulsi o condizionamenti interni"[85].

La difficoltà delle scienze psichiatriche di classificazione di tale dipendenza[86] rende il campo di indagine particolarmente delicato. A ciò si aggiunga il fluttuare di differenti orientamenti della giurisprudenza rotale sul punto[87].

Occorre dunque che il giudice si avvalga della competenza di un tecnico, quale esperto del settore, che intervenga, secondo il disposto del can. 1574 *c.j.c.*, per «*… provare qualche fatto o per riconoscere la vera natura di una cosa*»[88].

3. Le prove digitali nel processo canonico e l'ausilio del perito informatico forense

La trasformazione tecnologica ha introdotto strumenti che aprono sempre di più la strada a fatti e circostanze rilevanti da un punto di vista probatorio e che lasciano "traccia" all'interno del *web*.

Ciò risulta essere evidente sia all'interno del processo matrimoniale che in altri ambiti del diritto processuale canonico[89]: si pensi a tale riguardo a tutti i delitti connessi alla sfera sessuale consumati via *web* da chierici e religiosi,

---

cioè se, al di là dell'integra capacità del soggetto di intendere e di volere, in lui sono presenti anomalie psichiche che rendono impossibile, e non soltanto difficile, la vita coniugale.

[85] Luciano Musselli, *La nullità del matrimonio canonico dipendente da cause di interesse medico-legale*, cit., p. 42.

[86] Cfr. Franco Del Corno, *Psicopatologia: la storia, i problemi, le soluzioni*, in Ezio Sanavio (a cura di), *Manuale di psicopatologia e psicodiagnostica*, Il Mulino, Bologna, 2016, p. 32 ss.; Jesús Rodríguez Torrente, *Addicciones y Matrimonio. Influencia de las nuevas tecnologías en la nulidad del matrimonio*, in *Estudios Eclesiásticos*, 335, 2010, p. 695 ss.

[87] Cfr. Davide Salvatori, *Le dipendenze nell'età della tecnica. Relazione giuridica. Proposta di lettura della più recente giurisprudenza della Rota Romana (2002-2015) circa l'Internet Addiction*, cit., p. 238 ss., il quale raggruppa la giurisprudenza rinvenuta in: immaturità nella relazione con se stesso, in particolare nella sfera sessuale; immaturità nelle relazioni con l'altro; immaturità nelle relazioni con le cose.

[88] Circa la fonte del canone, cfr. Pontificio Consiglio Per i Testi Legislativi, Istruzione da osservarsi nei tribunali diocesani e interdiocesani nella trattazione delle cause di nullità del matrimonio *Dignitas Connubii*, in *Communicationes*, 37, 2005, pp. 11-92, n. 203 § 2.

[89] Cfr. Maria d'Arienzo, *Zuckerberg e i nuovi rapporti tra diritto e religioni. A proposito di libertà di coscienza nell'era digitale*, cit., p. 386 ss.

verso i quali si sta molto concentrando l'attenzione del legislatore canonico per la relativa punizione[90]. In tale prospettiva assume un rilievo sempre più significativo l'intervento del perito informatico-forense e l'impiego della *digital forensics*[91].

Se utilizzata nell'istruttoria canonica, anche la c.d. prova digitale deve necessariamente essere conforme a quanto sancito nel can. 1527 *c.j.c.*, a norma del quale possono essere addotte prove di qualunque genere, che sembrino *utili* per esaminare la causa e siano *lecite* (§ 1)[92].

Il Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi, nell'Istruzione *Dignitas Connubii*, ha precisato che ogni qual volta nell'acquisizione delle prove non sia possibile uniformarsi a quanto prescritto ordinariamente dal diritto canonico, ci si deve sempre preoccupare che consti l'autenticità e l'integrità delle prove medesime, evitando qualsiasi pericolo di frode, collusione o corruzione[93].

Circa la natura della prova digitale, essa presenta delle caratteristiche peculiari strutturali che la rendono facilmente manipolabile. L'intervento del perito informatico-forense consente dunque di fornire l'attestazione necessaria in merito alla relativa autenticità e integrità.

Ciò determina una estrema difficoltà di lettura per il giudice ecclesiastico nel processo ordinario e in quello documentale, così come può esserlo ancor di più per il Vescovo diocesano nell'ambito del *processus brevior*[94], introdotto da Francesco in occasione della riforma del processo matrimoniale realizzata,

---

[90] Sul punto, cfr. Claudio Papale, *Il processo penale canonico. Commento al Codice di Diritto Canonico. Libro VII, Parte IV*, Urbaniana University Press, Città del Vaticano, 2012, p. 223 ss.; Id., *I delitti contro la morale*, in Andrea D'Auria, Claudio Papale (a cura di), *I delitti riservati alla Congregazione per la Dottrina della Fede*, Urbaniana University Press, Città del Vaticano, 2014, p. 29 ss.

[91] A tale riguardo, si rinvia ampiamente ad Andrea Ghirardini, Gabriele Faggioli, *Digital forensics*, Apogeo, Andria, 2013.

[92] Cfr. Manuel Jesús Arroba Conde, *Diritto processuale canonico*, cit., p. 413 ss.; Claudio Papale, *I Processi. Commento ai canoni 1400-1670 del Codice di Diritto Canonico*, cit., p. 234 ss.

[93] Cfr. Pontificio Consiglio Per i Testi Legislativi, Istruzione da osservarsi nei tribunali diocesani e interdiocesani nella trattazione delle cause di nullità del matrimonio *Dignitas Connubii*, cit., art. 161 § 2. In merito, cfr. Manuel Jesús Arroba Conde, *Prova e difesa nel processo di nullità del matrimonio canonico. Temi controversi*, cit., p. 34 ss.

[94] In merito, si rinvia a Massimo del Pozzo, *Il processo matrimoniale più breve davanti al Vescovo*, Edusc, Roma, 2016; Gerardo Nunez Gonzalez, *El proceso brevior: exigencias y estructura*, in *Ius Canonicum*, 111, 2016, p. 135 ss.; Luciano Musselli, *Diritto matrimoniale*, in Maria d'Arienzo, Luciano Musselli, Mario Tedeschi, Patrick Valdrini (a cura di), *Manuale di diritto canonico*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 278 ss.; Luigi Sabbarese, *Il processo matrimoniale più breve davanti al Vescovo diocesano*, in Luigi Sabbarese, Raffaele Santoro (a cura di), *Il processo matrimoniale più breve. Disciplina canonica e riflessi concordatari*, Dehoniane, Bologna, 2016, p. 37 ss.; Antonio Ventrone, *La centralità del Vescovo diocesano nel processo matrimoniale più breve: il caso della "sede vacante"*, in *Diritto & diritti*, Rivista telematica (*www.diritto.it*), gennaio 2018, p. 1 ss.

per il *Codex Juris Canonici*, con la promulgazione della Lettera apostolica in forma di m.p. *Mitis Iudex Dominus Iesus*[95].

Anche in questo caso, «l'incidenza che una perizia può avere sulla decisione finale di una causa dipende dagli elementi che in essa sono stati valutati e dalle conclusioni più o meno univoche e certe raggiunte»[96].

Le conversazioni svolte attraverso i vari sistemi di comunicazione *on line* sostanziano delle dichiarazioni stragiudiziali di parte e pertanto «vanno considerate con la stessa fiducia di quelle giudiziarie – tanto più che fanno riferimento ad affermazioni che si sono formate in tempo non sospetto; esse sono particolarmente apprezzabili in prospettiva probatoria quando risalgono

---

[95] Cfr. Aa.Vv., *Il nuovo processo matrimoniale canonico. Una guida tra diritto e cura pastorale*, Cacucci, Bari, 2018; Aa.Vv., *Il processo di nullità matrimoniale nella riforma di Papa Francesco e gli effetti nell'ordinamento giuridico interno. Profili sostanziali e processuali*, Turisa Editrice, Acerra, 2017; Héctor Franceschi, Miguel Ángel Ortiz (a cura di), *Ius et matrimonium II. Temi processuali e sostanziali alla luce del Motu Proprio Mitis Iudex Dominus Iesus*, Edusc, Roma, 2017; Redazione di Quaderni di Diritto Ecclesiale (a cura di) *La riforma dei processi matrimoniali canonici di Papa Francesco. Una guida per tutti*, Àncora, Milano, 2016; Paolo Palumbo (a cura di), *Matrimonio e processo per un nuovo umanesimo*, Giappichelli, Torino, 2016; Valerio Andriano, *La normativa canonica sul matrimonio e la riforma del processo di nullità*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2016; Manuel Jesús Arroba Conde, *Le "*Litteræ motu proprio datæ*" sulla riforma dei Processi di nullità matrimoniale: prima analisi. Alcuni aspetti delle nuove Norme sulle Cause di nullità del Matrimonio*, in *Apollinaris*, 2, 2015, p. 553 ss.; Manuel Jesús Arroba Conde, Claudia Izzi, *Pastorale giudiziaria e prassi processuale nelle cause di nullità del matrimonio – Dopo la riforma operata con il Motu proprio Mitis Iudex Dominus Iesus*, San Paolo, Cinisello Balsano, 2017; Gianluca Belfiore, *I processi di nullità matrimoniale nella riforma di Papa Francesco*, Studio Teologico San Paolo, Catania, 2017; Geraldina Boni, *La recente riforma del processo di nullità matrimoniale. Problemi, criticità, dubbi* (prima parte), in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), 7 marzo 2016, p. 1 ss.; Id., *La recente riforma del processo di nullità matrimoniale. Problemi, criticità, dubbi* (seconda parte), in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), 14 marzo 2016, p. 1 ss.; Id., *La recente riforma del processo di nullità matrimoniale. Problemi, criticità, dubbi* (terza parte), in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), 21 marzo 2016, p. 1 ss.; Id., *La riforma del processo canonico di nullità matrimoniale: il complicarsi progressivo del quadro delle fonti normative* (parte prima), in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), 3, 2018, p. 1 ss.;Id., *La riforma del processo canonico di nullità matrimoniale: il complicarsi progressivo del quadro delle fonti normative* (parte seconda), in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), 5, 2018, p. 1 ss.; Id., *La riforma del processo canonico di nullità matrimoniale: il complicarsi progressivo del quadro delle fonti normative* (parte terza), in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), 6, 2018, p. 1 ss.; Marco Canonico, *Il riformato processo matrimoniale canonico*, in *Diritto e religioni*, 2, 2016, p. 17 ss.; Id., *Le principali novità del riformato processo matrimoniale canonico*, in Maria D'Arienzo (a cura di), *Il diritto come "scienza di mezzo". Studi in onore di Mario Tedeschi*, Pellegrini, Cosenza, 2017, p. 373 ss.; Paolo Moneta, *La dinamica processuale nel m.p. "Mitis Iudex"*, in *Ius Ecclesiae*, 28, 2016, p. 39 ss.; Luigi Sabbarese, *I processi matrimoniali e il Vescovo "giudice tra i fedeli a lui affidati"*, in *Nuove norme per la dichiarazione di nullità del matrimonio*, Dehoniane, Bologna, 2016, p. 26 ss.; Hildegard Warnink, *Il motu proprio Mitis iudex. Opportunità, sfide e potenziali insidie*, in *Concilium*, 5, 2016, p. 115 ss.

[96] Joaquin Llobell, *I processi matrimoniali nella Chiesa*, Edusc, Roma, 2015, p. 211.

a tempi vicini alle nozze o nei quali comunque non era ancora sorta in alcuno l'intenzione di instaurare al riguardo un giudizio e a condizione che possano essere adeguatamente dimostrate in causa in particolare tramite la prova testimoniale o quella documentale»[97].

La dinamica relativa alla conversione in forma documentale delle "tracce" informatiche si pone in diretta connessione con l'esigenza di una loro corretta e lecita acquisizione, nonché con la necessità della relativa autenticità, inerente all'assenza di manipolazioni del contenuto oppure della data, facilmente realizzabili anche da persone non esperte. Tutto ciò rende necessario l'intervento del perito informatico-forense, la cui attività si inserisce nell'ampio alveo operativo tracciato dal can. 1574 *c.j.c.*[98].

A dimostrazione di quanto sostenuto, il Consiglio Episcopale Permanente della CEI, nella sessione del 14 novembre 2018, ha approvato le determinazioni, in vigore dal 1° gennaio 2019, riguardanti il punteggio delle cause, il contributo delle parti, le perizie, le rogatorie e i costi ammissibili a contributo per le sedi in relazione ai Tribunali ecclesiastici italiani in materia di nullità matrimoniale. Al loro interno, per la prima volta, è stato stabilito anche il compenso per le perizie informatiche disposte dal tribunale e liquidate dal presidente del collegio giudicante, tenendo conto della complessità dell'accertamento e della eventuale necessità per il perito di avvalersi del contributo di altri specialisti.

Sul punto, il Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi, nell'Istruzione *Dignitas Connubii*, ha stabilito che:

1. tra i documenti privati di non poco valore possono essere le lettere che, o i fidanzati prima del matrimonio, o i coniugi dopo, ma in tempo non sospetto, si sono scambiati o hanno spedito ad altri, purché consti in modo evidente della loro autenticità e del tempo in cui sono state scritte[99];

2. le lettere, così come gli altri documenti privati, hanno quel peso probatorio che deve essere giudicato dalle circostanze e soprattutto dal tempo in cui sono state redatte[100].

Potendo essere in questo caso non rilevabile dal giudice la manipolazione del documento digitale depositato in forma cartacea, risulta di estrema diffi-

---

[97] Piero Antonio Bonnet, *Le parti protagoniste del processo*, in Aa.Vv., *I soggetti del nuovo processo matrimoniale canonico*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2018, p. 100.

[98] Cfr. Luigi Sabbarese, *Diritto canonico*, Dehoniane, Bologna, 2015, p. 311 ss.

[99] Pontificio Consiglio Per i Testi Legislativi, Istruzione da osservarsi nei tribunali diocesani e interdiocesani nella trattazione delle cause di nullità del matrimonio *Dignitas Connubii*, cit., art. 186 § 1.

[100] Pontificio Consiglio Per i Testi Legislativi, Istruzione da osservarsi nei tribunali diocesani e interdiocesani nella trattazione delle cause di nullità del matrimonio *Dignitas Connubii*, cit., art. 186 § 2.

coltà, in assenza di perizia, il ricorso al can. 1543 *c.j.c.*, a norma del quale se i documenti appaiono cancellati, corretti, interpolati o guasti per altro difetto, spetta al giudice decidere se ed in qual conto tali documenti si debbano tenere[101].

Appare dunque sempre più necessaria, anche in ambito canonistico, l'applicazione della *digital forensics*, proprio allo scopo di garantire l'integrità della prova digitale. In questo caso, infatti, non si ritiene sufficiente il ricorso al riconoscimento del documento davanti al giudice (can. 1542 *c.j.c.*), potendo essere stata la parte stessa ad aver deliberatamente depositato una prova manipolata.

Ciò a maggior ragione se vi è accordo tra le parti, come peraltro avviene nel *processus brevior* a norma del can. 1693 *c.j.c.*[102], potendo queste essere parimenti interessate nel produrre prove digitali manipolate in grado di rendere manifesta la nullità[103] al fine di poter accedere a questo procedimento e ottenere la pronuncia di una sentenza affermativa.

4. L'interazione tra scienze giuridiche e scienze umane: giudice ecclesiastico e perito a confronto

La previsione del can. 1678 § 3 *c.j.c.* circa l'obbligatorietà della perizia non determina l'irrilevanza del principio per cui il giudice è *peritus peritorum*, ha cioè l'ultima parola circa l'ammissione o meno delle risultanze peritali[104].

A volte infatti il disposto normativo incontra difficoltà di interpretazione dinanzi a situazioni che non sono perfettamente inquadrabili secondo le fattispecie legislative. La dipendenza da Internet, ad esempio, non necessariamente è configurabile quale malattia mentale, bensì può limitarsi a compromettere il difetto di libertà di scelta di una parte rispetto ad un determinato soggetto.

Un consolidato orientamento giurisprudenziale considera dunque di massi-

---

[101] Cfr. Adolfo Zambon, *La presentazione del libello*, in Aa.Vv., *La riforma dei processi matrimoniali canonici di Papa Francesco. Una guida per tutti*, cit., p. 35 ss.

[102] Cfr. Raffaele Santoro, *L'introduzione del processo matrimoniale canonico più breve e l'efficacia civile delle sentenze pronunciate dai Vescovi diocesani*, in Antonio Fuccillo, *Diritto, religioni, culture. Il fattore religioso nell'esperienza giuridica*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 441.

[103] Cfr. Luigi Sabbarese, *Il matrimonio canonico nell'ordine della natura e della grazia. Commento al Codice di Diritto Canonico. Libro IV, Parte I, Titolo VII*, cit., p. 468.

[104] Cfr. Claudio Marras, *L'intervento periziale nelle cause di nullità matrimoniale*, cit., p. 81 ss., il quale sostiene che il giudice resta dominus del processo, ricordando che è di sua competenza nominare il perito, nonché a definire con suo decreto i punti ai quali dovrà rispondere l'esperto.

ma utilità il ruolo del perito[105]. Numerosi sono infatti i riferimenti alle scienze umane e alle scienze giuridiche utilizzati nella giurisprudenza rotale postconciliare[106]. Urge pertanto una lettura della dinamica processuale giudice-perito.

Il primo ha il dovere di valutare "attentamente non soltanto le conclusioni dei periti, anche se concordi, ma tutte le altre circostanze della causa" (can. 1579 *c.j.c.*). A tal fine egli è chiamato ad analizzare diversi aspetti della relazione peritale che gli è sottoposta: anzitutto il fondamento metodologico-argomentativo, ossia il procedimento tecnico utilizzato dal perito, per poi indagare il fondamento fattico, relativo agli atti dei fatti che supportano la diagnosi, nonchè il fondamento antropologico in merito alla correttezza antropologica del ragionamento effettuato[107].

Possono verificarsi casi in cui il giudice decida di rigettare la perizia: i fatti sui quali la perizia si fonda non sono provati giuridicamente; i principi utilizzati nella perizia contraddicono i principi antropologici cristiani; il perito dimostra di ignorare fatti veri e legittimamente provati in atti; vi è discrepanza tra le circostanze esistenziali del soggetto e le conclusioni del perito; si utilizzano prove non legittimamente acquisite; il perito è negligente o male interpreta le prove; il perito giudica le sue conclusioni come meramente possibili o probabili[108].

Perché la valutazione dell'organo giudicante sia positiva, occorre che la perizia trovi fondamento sugli atti, dimostri il nesso tra anomalia psichica e incidenza sul consenso, non violi le regole della logica né le prescrizioni del giudice ed indichi il grado di certezza raggiunto dal perito[109]. È l'attinenza della perizia ai fatti giuridici a costituirne il discrimine circa il suo valore

---

[105] *Coram* Serrano, 19 luglio 1991, in *Rotae Romane Decisiones*, vol. 83, 1999, p. 480 ss.; *coram* Caberletti, 23 maggio 2002, in *Rotae Romane Decisiones*, vol. 94, 2002, p. 367 ss.; *coram* Boccafola, 20 novembre 2003, in *Rotae Romane Decisiones*, vol. 95, 2003, p. 679 ss.; *coram* Huber, 14 dicembre 2005, in *Rotae Romane Decisiones*, vol. 97, 2005, p. 613 ss.

[106] Cfr. Gabriele Fattori, *Scienza e diritto nella giustizia della Chiesa. Le scienze umane moderne nella giurisprudenza rotale postconciliare*, Vita e Pensiero, Milano, 2011, p. 126 ss., il quale presenta i riferimenti alla psichiatria dal Concilio Vaticano II al nuovo Codice di diritto canonico; quelli dalla codificazione giovanneo-paolina agli anni duemila; i riferimenti alla psicologia e quelli alle scienze psicodinamiche e psicoanalisi.

[107] Cfr. Manuel Jesús Arroba Conde, *La prova peritale e le problematiche processualistiche*, in Aa.Vv., *L'incapacità di intendere e di volere nel diritto matrimoniale canonico*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2000, p. 38 ss.

[108] Cfr. Davide Salvatori, *I criteri del giudice nell'assumere la perizia (psichiatrica/psicologica) all'interno del processo di nullità matrimoniale per vizi del consenso*, cit., p. 1897 ss.

[109] Cfr. Francesco Catozzella, *La perizia quale mezzo di prova nelle cause di incapacità matrimoniale*, cit., p. 382 ss., il quale sottolinea la differenza tra certezza scientifica (del perito) e certezza morale (del giudice), in quanto la prima riguarda il fatto storico della presenza e gravità dell'anomalia, mentre la seconda si riferisce al fatto giuridico (ad esempio, l'incapacità consensuale).

probatorio o meno[110]: ciò implica che la relazione peritale non si incentri su opinioni o schemi aprioristici, bensì tenga conto della situazione specifica e concreta, passando in rassegna i singoli punti dai quali il perito ha dedotto le sue conclusioni.

Sebbene il perito sia dotato di particolari competenze scientifiche, al punto da affermarsi che *peritis in arte credendum est*, ciò non lo colloca sullo stesso piano del giudice[111]. Anzi le due figure processuali sono ben distinguibili, in quanto il perito ha il compito di giudicare l'esistenza o meno di una certa anomalia psichica, pronunciandosi in merito alla sua origine ed evoluzione, alla sua gravità al tempo delle nozze e alla sua incidenza sulle facoltà della persona; il giudice deve invece giudicare l'incapacità consensuale che, come categoria giuridica, costituisce una circostanza sulla quale solo il giudice può pronunciarsi[112].

Il can. 1577 *c.j.c.* prevede che il perito presenti al giudice la relazione conclusiva. Una lettura interdisciplinare del disposto in esame consente di sottolineare la necessità di un dialogo tra le due figure processuali[113], in quanto il giudizio del giudice "si svolge in un ambito diverso da quello del perito, con metodiche diverse e tenendo conto di elementi di fatto diversi e maggiori di quelli che il perito ha preso in considerazione nel fornire il suo apporto probatorio"[114].

L'esigenza di definire dialogicamente l'interazione tra giudice e perito implica l'abbandono da parte del giudice di un atteggiamento passivo e di sudditanza o altresì prevenuto. La giurisprudenza ha infatti affermato che "il giudice non deve comportarsi come un notaio di fronte al voto peritale che sarebbe tenuto ad accogliere in modo passivo. Egli infatti deve scrutare con

---

[110] Cfr. Antoni Stankiewicz, *Valutazione delle prove secondo l'istruzione*, in Juan Ignacio Arrieta (a cura di), *L'Istruzione Dignitas Connubii nella dinamica delle cause matrimoniali*, Marcianum Press, Venezia, 2006, p. 77 ss.

[111] Cfr. Cristiano Barbieri, Alessandra Luzzago, *Perizia psichiatrica: generalità*, cit., p. 214 ss., i quali rilevano che, sebbene sia palese la distinzione che il legislatore vuole sottolineare tra la figura e la funzione propria ed esclusiva del giudice e quella, seppur necessaria e indubitabilmente importante del perito, per quanto competente e preparato, resta fermo il principio "*dictum peritorum non transit in rem iudicatam*".

[112] *Coram* Verginelli, 18 marzo 2004, in *Rotae Romanae Decisiones*, vol. 96, 2012, p. 210 ss., afferma che il perito nei suoi voti non deve avere davanti agli occhi la legge canonica, che sarà invece il punto di riferimento del giudice, ma la scienza e la coscienza fondata sulla sana antropologia come insegnata dalla dottrina della Chiesa.

[113] Cfr. José T. Martin de Agar, *Giudice e perito a colloquio*, in Aa.Vv., *L'incapacità di assumere gli oneri essenziali del matrimonio (can. 1095 n° 3)*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1998, p. 187 ss., il quale sostiene che l'inizio di tale dialogo possa aversi già nel momento della formulazione delle domande alle quali il perito dovrà rispondere e attenersi scrupolosamente.

[114] Paolo Bianchi, *Le prove: a) dichiarazioni delle parti; b) presunzioni; c) perizie*, cit., p. 102.

attenzione la perizia, vagliando se a fondamento della stessa vi siano fatti sufficientemente provati dagli atti, se il suo modo di procedere sia da approvare secondo le regole dell'arte e della logica … se infine il sostrato filosofico e antropologico sia congruente con la dottrina cristiana"[115].

Le competenze del perito consentono allo stesso di inquadrare nosograficamente il disturbo e di analizzarne i processi sottostanti, al fine di comprendere come abbiano inciso sulle facoltà della persona. D'altro canto, il giudice, sulla base del parere tecnico, indaga sulla possibile traduzione dell'analisi medica in categorie giuridiche[116].

In tale prospettiva può leggersi il can. 1578 § 3 *c.j.c.*, che disciplina la cd. *recognitio peritiae*: «il perito può essere convocato dal giudice perché fornisca le spiegazioni che sembrino ulteriormente necessarie». Il legislatore non intende certo attribuire al giudice un potere di censura dell'operato tecnico, piuttosto rafforzare l'incontro giudice-perito in un'ottica tesa a garantire il pronunciamento di una sentenza giusta[117]. È proprio la convocazione del perito che consente di evitare analisi giuridiche errate[118] perché basate o su elementi psicologici che il giudice può non conoscere o che non necessariamente trovano un corrispettivo nel diritto.

Una interessante chiave di lettura per analizzare il rapporto giudice-perito è stata offerta dall'affermazione per cui occorre individuare nell'«orizzonte di una comune antropologia» il punto di partenza nella comunicazione tra i due: «il dialogo e una costruttiva comunicazione tra il giudice e lo psichiatra sono più facili se per entrambi il punto di partenza si pone entro l'orizzonte di una comune antropologia, così che, pur nella diversità del metodo e degli interessi e finalità, una visione resti aperta agli altri»[119]. Tale osservazione trova poi conferma allorquando si afferma l'importanza e la necessità di un «dialogo interdisciplinare»[120] tra giudice e perito: nella prospettiva scientifico-giuridica-antropologica bisogna rinvenire gli elementi che favoriscano una corretta impostazione del dialogo e della collaborazione interdisciplinare[121].

La dinamica "relazionale" tra giudice e perito consente una ricollocazione

---

[115] *Coram* Ferreira Pena, 01 ottobre 2004, in *Rotae Romanae Decisiones*, vol. 96, 2012, p. 558 ss.

[116] Giovanni Paolo II, *Allocuzione alla Rota Romana*, 25 gennaio 1988, cit., p. 1182 ss.

[117] Cfr. Claudio Marras, *L'intervento periziale nelle cause di nullità matrimoniale*, cit., p. 87 ss.

[118] Cfr. Manuel Jesús Arroba Conde, *Prova e difesa nel processo di nullità del matrimonio canonico. Temi controversi*, cit., p. 148 ss.

[119] Giovanni Paolo II, *Allocuzione alla Rota Romana,* 05 febbraio 1987, cit., p. 1455.

[120] Giovanni Paolo II, *Allocuzione alla Rota Romana, 25 gennaio 1988,* cit., p. 1185 ss.

[121] Cfr. diffusamente Gabriele Fattori, *Scienze della psiche e matrimonio canonico. Le norme delle allocuzioni pontificie alla Rota Romana (1939-2009)*, Cantagalli, Siena, 2009.

degli strumenti probatori e, in particolare, della perizia all'interno del diritto processuale canonico[122]. La missione della Chiesa, d'altra parte, è la salvezza delle anime, elemento cardine da cui l'esercizio e l'amministrazione della giustizia sono orientati[123].

Riassunto

Nell'ambito del processo matrimoniale canonico la figura del perito assume notevole importanza. Egli fornisce un "prezioso contributo per il raggiungimento di quella inderogabile certezza morale richiesta dal giudice per il pronunciamento di una sentenza giusta".

Necessitano dell'ausilio di questa particolare figura professionale i processi di nullità matrimoniale che invocano l'incapacità psichica *ex* can. 1095 CIC. In particolare, l'evoluzione tecnologica (Internet, social network) ha contribuito a definire una nuova forma di dipendenza capace di incidere sulla valida manifestazione del consenso matrimoniale. La corretta applicazione del canone in esame induce a comprendere quanto l'utilizzo di Internet costituisca solo un vizio del contraente o dia luogo ad una vera e propria dipendenza. A tal fine occorre che il giudice si avvalga della competenza di un tecnico, quale esperto del settore, che intervenga, secondo il disposto del can. 1574 CIC, per «… *provare qualche fatto o per riconoscere la vera natura di una cosa*».

Il progresso tecnologico ha dunque consentito a fatti e circostanze, in passato irrilevanti, di trovare uno specifico spazio in ambito probatorio, in quanto lasciano "traccia" all'interno web. In tale prospettiva assume un rilievo sempre più significativo l'intervento del perito informatico-forense e l'impiego della *digital forensics*. La dinamica relativa alla conversione in forma documentale delle "tracce" informatiche si pone in diretta connessione con l'esigenza di una loro corretta e lecita acquisizione, nonché con la necessità della relativa autenticità, inerente all'assenza di manipolazioni del contenuto oppure della data, facilmente realizzabili anche da persone non esperte.

Occorre dunque che giudice e perito si pongano in una costante ottica di dialogo interdisciplinare, individuando nell'«orizzonte di una comune antropologia» il punto di partenza nella comunicazione tra i due. Ciò può consentire di ricollocare gli strumenti probatori, e in particolare la perizia, all'interno del processo matrimoniale canonico.

Parole Chiave

Perizia; *matrimonio canonico*; *tecnologie*; *prove digitali*; *perito informatico forense*.

Abstract

In the canonical marriage process the figure of the expert has considerable importance.

---

[122] Cfr. Maria Pietrella, *La prova atipica e la sua liceità. Sistemi processuali a confronto*, cit., p. 51 ss.

[123] Francesco, *Discorso del Santo Padre Francesco al Tribunale della Rota Romana per l'inaugurazione dell'anno giudiziario*, 24 gennaio 2014, in *L'Osservatore Romano*, 25 gennaio 2014: «il giudice ecclesiastico non deve praticare una giustizia legalistica e astratta, ma deve sempre guardare alla persona che attende giustizia».

He gives a "valuable contribution for the achievement of that madatory moral certainty required by the judge for the delivery of a just sentence".

Marriage nullity processes that invoke psychic incapacity according to the canon 1095 CIC require the help of this particular professional figure. In particular, the technological evolution (Internet, social network) has defined a new form of addiction capable of affecting the valid manifestation of marriage consent. The correct application of canon leads to understand how the use of Internet is only a defect or gives rise to a real addiction. For this purpose, the judge must make use of the competence of an expert of sector, that contributes, according to the prescript of canon 1574 to «*… prove some fact or to recognize the true nature of a thing*».

Technological progress has allowed facts and circumstances, irrilevants in the past, to find a specific space in the evidential area, because they leave traces on the web. In this perspective forensics computer expert's role and the use of digital forensics are becoming increasingly significant. The dynamics relating to the conversion of computer "tracks" in documental form is directly connected with the need for their correct and lawful acquisition, as well as with the need for relative authenticity about the absence of manipulation of content or date, easily achievable even by inexperienced people.

Judge and expert must place themselves in a costant perspective of interdisciplinary dialogue, identifying in the "horizon of a common anthropology" the starting point in communication between them. It may allow relocate evidentiary tools, and in particular expertise, within canonical marriage process.

Key Words

Expertise; *Canonical marriage*; *Technologies*; *Digital proofs*; *Computer-forensic expert*.

Autorizzazione alle liti ex *can. 1288* C.i.c. *e tutela del diritto di difesa costituzionalmente garantito dall'art. 24 Cost.*

Fabio Balsamo

Sommario: *1. Premessa – 2. L'attuale ambito di applicazione del can. 1288* C.i.c. *e la sua possibile operatività anche nei procedimenti di mediazione e negoziazione assistita – 3. Gli effetti processuali del mancato rilascio della preventiva autorizzazione* ad litem *ai sensi del can. 1288* C.i.c. *– 4. Autorizzazione alle liti e tutela del diritto di difesa in giudizio della persona giuridica canonica pubblica – 5. Riflessioni conclusive*

1. Premessa

Negli ultimi anni sono state numerose le modifiche che hanno investito il processo civile, a partire dall'introduzione di specifici strumenti alternativi di risoluzione delle controversie, che costituiscono, in talune materie relative a diritti disponibili, condizione di procedibilità della successiva domanda giudiziale[1].

Il presente contributo si propone innanzitutto di verificare se la portata del can. 1288 *C.i.c.* del 1983[2] possa essere estesa fino a consentire l'esercizio del potere autorizzativo della competente autorità ecclesiastica anche in tali procedimenti non aggiudicativi di risoluzione dei contenziosi, quali la negoziazione assistita e la mediazione.

Altro tema oggetto di indagine sarà l'incidenza del controllo sulle liti previsto dal can. 1288 *C.i.c.* sul diritto di difesa in giudizio delle persone giuridiche canoniche pubbliche. Difatti, in alcune peculiari ipotesi, l'autorizzazione

---

[1] Per approfondimenti sul procedimento di mediazione si rinvia a Mauro Bove (a cura di), *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, Cedam, Padova, 2011. Sulla negoziazione assistita cfr. Gianfranco Dosi, *La negoziazione assistita da avvocati*, II edizione aggiornata e ampliata, Giappichelli, Torino, 2016.

[2] Il can. 1288 *C.i.c.* così recita: «*Gli amministratori non introducano né contestino una lite davanti al tribunale civile in nome di una persona giuridica pubblica, senza aver ottenuto la licenza scritta del proprio Ordinario*».

ad litem o la possibilità di ratificare o meno l'attività processuale già espletata sembra delineare una significativa compressione del diritto di difesa dell'ente *ex* art. 24 Cost., determinando possibili ripercussioni in termini di ragionevole durata del processo, soprattutto dalla prospettiva delle altre parti processuali.

2. L'attuale ambito di applicazione del can. 1288 C.i.c. *e la sua possibile operatività anche nei procedimenti di mediazione e negoziazione assistita*

Analogamente a quanto previsto dal *Codex iuris canonici* per il compimento di atti eccedenti l'ordinaria amministrazione (can. 1281 – § 1 *C.i.c.*), di alienazioni e altri atti pregiudizievoli del patrimonio della persona giuridica (cann. 1291, 1292 e 1295 *C.i.c.*) o per la locazione di beni ecclesiastici (can. 1297 *C.i.c.*), il can. 1288 *C.i.c.* impone all'amministratore di una persona giuridica pubblica di ottenere preventivamente il rilascio della *licentia* scritta ai fini dell'introduzione o della contestazione di una lite davanti ad un tribunale statuale (can. 1288 *C.i.c.*).

La previsione di una simile autorizzazione, richiesta soltanto agli amministratori delle persone giuridiche canoniche pubbliche[3], sembra porsi come funzionale all'assolvimento di un generale principio di sicurezza e di prudenza, cui si informa tutta la disciplina codiciale relativa all'amministrazione dei beni ecclesiastici[4].

Conformemente a tale principio, la dottrina ha tratteggiato l'obbligo della preventiva *licentia* dell'Ordinario in termini molto ampi. Difatti, l'amministratore di una persona giuridica pubblica è tenuto ad acquisire la preventiva autorizzazione dell'autorità ecclesiastica sia quando intenda promuovere un giudizio dinanzi ai tribunali civili[5], sia quando intenda resistere ad una lite proposta contro l'ente. Inoltre, allo scopo di consentire il pieno espletamento del dovere di vigilanza posto in capo all'Ordinario ai sensi del can. 1276 – § 1 *C.i.c.*, il controllo è invocabile in relazione ad ogni lite attiva e passiva, a prescindere dal valore della controversia. In tal senso, la mancata individuazione

---

[3] Le persone giuridiche pubbliche sono quegli enti, costituiti dalla competente autorità ecclesiastica, che operano in nome della Chiesa quali suoi strumenti. Per la distinzione tra persone giuridiche canoniche pubbliche e private cfr. Patrick Valdrini, *Comunità, persone, governo. Lezioni sui libri I e II del CIC 1983*, Lateran University Press, Città del Vaticano, 2013, specialmente pp. 214-215.

[4] Per un approfondito commento al libro V del Codice di Diritto canonico si rinvia a Velasio De Paolis, *I beni temporali della Chiesa*, Nuova edizione aggiornata e integrata a cura di Alberto Perlasca, EDB, Bologna, 2016.

[5] Chiaramente con la locuzione "tribunale civile" il *Codex,* lungi dal voler confinare l'ambito di applicazione del controllo alle sole controversie in materia civile, intende riferirsi ai tribunali statuali.

di un limite minimo di valore della lite, imponendo il vaglio dell'Ordinario in ogni controversia, realizza l'obiettivo di impedire che con la dichiarazione di un valore inferiore a quello effettivo possa eludersi il controllo dell'autorità ecclesiastica.

Inoltre, nel caso in cui una Parrocchia intenda promuovere o contestare una lite innanzi ad un Tribunale statuale, la richiesta di autorizzazione *ex* can. 1288 *C.i.c*. deve essere trasmessa dal Parroco all'Ordinario, previa necessaria consultazione con il *Consiglio Parrocchiale per gli Affari economici*, organo, come noto, chiamato a coadiuvare il Parroco nell'amministrazione della Parrocchia, specialmente in presenza di atti eccedenti l'ordinaria amministrazione[6]. Pertanto, il Vescovo diocesano potrà negare il rilascio della relativa *licentia* anche per la mancata preventiva consultazione, da parte del Parroco, di siffatto organo ausiliario.

Numerose Diocesi, anche al fine di sensibilizzare i Parroci verso un'applicazione più puntuale dei canoni che impongono controlli preventivi per il compimento degli atti di straordinaria amministrazione, hanno emanato appositi decreti diocesani sugli atti di straordinaria amministrazione, nonché specifici *Vademecum*. Nei diversi *Vademecum* si impone al Parroco, una volta ottenuta la *licentia ex* can. 1288 *C.i.c.,* di consegnare all'Ufficio Amministrativo Diocesano copia del provvedimento che abbia definito il giudizio[7]. In effetti, tale adempimento si dimostra particolarmente utile per consentire all'Ordinario una prudente valutazione in ordine all'opportunità di proporre eventuali impugnazioni o di instaurare (o resistere a) procedimenti esecutivi.

L'ampiezza con cui è stata tradizionalmente tratteggiata la portata applicativa del can. 1288 *C.i.c*. induce, secondo chi scrive, a sostenere che l'autorizzazione *ad litem ex* can. 1288 *C.i.c*. possa essere richiesta anche nell'ambito del procedimento di mediazione introdotto dal d.lgs. 28/2010, a maggior ragione in quelle numerose materie civili e commerciali in cui il preventivo esperimento del tentativo di mediazione costituisce condizione di procedibilità dell'eventuale successivo giudizio (cd. mediazione obbligatoria). Di conseguenza, pur in mancanza della formale instaurazione di un giudizio dinanzi

---

[6] L'art. 6 dello Statuto-tipo dei *Consigli Parrocchiali per gli Affari Economici* prevede che il Parroco non possa disattendere il parere del Consiglio «se non per *gravissimi* motivi e lo consulterà ordinariamente per l'amministrazione della Parrocchia». Per approfondimenti sul ruolo e sulle funzione dei Consigli della Diocesi si rinvia a Patrick Valdrini, *Comunità, persone, governo. Lezioni sui libri I e II del CIC del 1983*, cit., specialmente p. 67 ss.

[7] Sul punto cfr. in particolare Diocesi di Lodi, *Vademecum per la presentazione al Vescovo Diocesano della domanda di autorizzazione,* emanato sulla base del *Decreto per la determinazione degli atti di straordinaria amministrazione per le Persone Giuridiche soggette al Vescovo Diocesano,* prot. n. CL. 905/11 del 15/10/2011

all'autorità giurisdizionale italiana, il controllo dell'Ordinario pare invocabile anche nei confronti delle istanze di mediazione promosse dall'amministratore di una persona giuridica pubblica. Alla medesima conclusione pare doversi giungere anche con riguardo alla trasmissione del modulo di adesione o al deposito di memorie difensive presso l'Organismo di Mediazione, nel caso in cui l'ente sia la parte chiamata in mediazione. Nondimeno, l'eventuale autorizzazione dell'Ordinario potrà avvenire anche in corso di giudizio, nell'ipotesi in cui sia stato il Giudice, d'ufficio o su eccezione di parte, ad invitare la parte attrice[8], entro il termine di 15 giorni, all'espletamento dell'obbligatorio tentativo di mediazione, a pena di improcedibilità della domanda proposta.

Un'interpretazione estensiva del can. 1288 *C.i.c.* consente, inoltre, di far ricomprendere nel concetto di lite anche l'invito alla stipula di una negoziazione assistita espletato, a pena di improcedibilità della successiva domanda giudiziale, ai sensi dell'art. 3, d.l. 132/2014, come convertito con modificazioni con la legge 162/2014. Parimenti assoggettabile al controllo dell'Ordinario ai sensi del can. 1288 *C.i.c.* sarebbe quindi l'adesione all'invito alla negoziazione assistita[9], nonché la stipula della convenzione di negoziazione assistita da parte dell'amministratore della persona giuridica pubblica.

Ciò perché la *ratio* sottesa all'applicazione del can. 1288 *C.i.c.* risiede nel consentire all'Ordinario un penetrante controllo preventivo sulle controversie dedotte innanzi i tribunali civili, ma anche su tutti quei procedimenti o quegli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie giudiziarie – quali appunto il procedimento di mediazione o di negoziazione assistita – che pur non assumendo carattere giurisdizionale sono idonei a produrre effetti immediati e diretti sulla successiva eventuale lite, quantomeno in termini di regime delle spese di giudizio, tanto in caso di soccombenza che in caso di esito favorevole[10].

---

[8] Tenuto a promuovere il preventivo espletamento del procedimento di mediazione può anche essere il convenuto che abbia proposto domanda riconvenzionale.

[9] Anche con riguardo alla negoziazione assistita, l'invito alla negoziazione potrà essere ordinato dal Giudice in corso di giudizio, qualora il Giudice abbia ravvisato, d'ufficio o su tempestiva eccezione di parte, il mancato espletamento di tale condizione di procedibilità del giudizio.

[10] Gli strumenti alternativi alla risoluzione delle controversie giudiziarie producono conseguenze anche sul regime delle spese di giudizio.

Infatti, l'art. 4, comma 1 del d.l. 132/2014, come convertito in legge dalla l. 162/2014, stabilisce che l'invito a stipulare la convenzione di negoziazione assistita deve altresì «contenere l'avvertimento che la mancata risposta all'invito entro trenta giorni dalla ricezione o il suo rifiuto può essere valutato dal giudice ai fini delle spese del giudizio e di quanto previsto dagli articoli 96 e 642, primo comma, del codice di procedura civile».

Con riguardo al procedimento di mediazione, l'art. 13, comma 1 del d.lgs. 28/2010 stabilisce che quando il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde interamente al contenuto della proposta di mediazione, il Giudice «esclude la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che ha

In tal senso, l'attuale *Istruzione della Cei in materia amministrativa*, aggiornata da ultimo nel 2005, e le varie Delibere di determinazione degli atti di straordinaria amministrazione sembrerebbero richiedere un necessario intervento di adeguamento, finalizzato ad includere anche gli atti espletati nei procedimenti di negoziazione assistita e mediazione all'interno della categoria degli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione, come tali da sottoporre al preventivo controllo vescovile.

3. Gli effetti processuali del mancato rilascio della preventiva autorizzazione ad litem ai sensi del can. 1288 C.i.c.

La rilevanza civile dei controlli canonici, a seguito della modifica del Concordato Lateranense[11], è affermata dall'art. 18 della legge 222/1985, secondo cui :«*Ai fini dell'invalidità o inefficacia di negozi giuridici posti in essere da enti ecclesiastici non possono essere opposte a terzi, che non ne fossero a conoscenza, le limitazioni dei poteri di rappresentanza o l'omissione di controlli canonici che non risultino dal codice di diritto canonico o dal registro delle persone giuridiche*»[12].

In ordine alla patologia che affligge i negozi giuridici posti in essere in difetto delle autorizzazioni prescritte dal *Codex iuris canonici*[13] o risultanti dal registro delle persone giuridiche[14], il dibattito dottrinale[15], alimentato anche

---

rifiutato la proposta, riferibili al periodo successivo alla formulazione della stessa, e la condanna al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente relative allo stesso periodo, nonché al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di un'ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto».

[11] Per una puntuale ricostruzione delle posizioni che animavano il dibattito dottrinale sulla rilevanza civile dei controlli canonici, in vigenza del Concordato Lateranense del 1929, si rinvia a Paolo Cavana, *Gli enti ecclesiastici nel sistema pattizio*, II edizione, Giappichelli, Torino, 2011, specialmente pp. 106-110.

[12] L'art. 7, comma 5, della legge 121/1985 si limita a ribadire che «l'amministrazione dei beni appartenenti agli enti ecclesiastici è soggetta ai controlli previsti dall'ordinamento canonico». Di conseguenza, è l'art. 18 della l. 222/85, recante "*Disposizioni sugli enti e beni ecclesiastici in Italia e per il sostentamento del clero cattolico in servizio nelle diocesi*", a enunciare il principio della rilevanza civile dei controlli canonici ed il relativo regime della opponibilità ai terzi.

[13] Per approfondimenti sulle norme di diritto patrimoniale canonico si rinvia a Maria d'Arienzo, Luciano Musselli, Mario Tedeschi, Patrick Valdrini, *Manuale di diritto canonico*, Giappichelli, Torino, 2016. Vedasi inoltre Jean-Pierre Schouppe, *Elementi di diritto patrimoniale canonico*, II edizione, Giuffrè, Milano, 2008.

[14] In tale ipotesi ci si riferisce ai controlli ed alle limitazioni ai poteri di rappresentanza che risultano dagli atti costitutivi, dagli statuti degli enti o dalle Costituzioni degli Istituti religiosi.

[15] Secondo una prima tesi, ormai minoritaria, gli atti non preceduti dai necessari controlli canonici dovevano ritenersi inefficaci, in quanto la *licentia* si atteggerebbe quale *condicio iuris*, ossia quale

dall'indifferenziato utilizzo, da parte del legislatore italiano, delle locuzioni "invalidità" e "inefficacia", sembra essere ormai orientato verso l'affermazione della annullabilità dei relativi atti, azionabile, nel termine quinquennale di prescrizione[16], esclusivamente dagli organi dello stesso ente o dall'autorità ecclesiastica deputata ad esercitare il controllo sulla sua attività negoziale[17].

Il controllo previsto dal can. 1288 *C.i.c.*, anche in considerazione dell'importanza attribuita dal legislatore canonico universale, è senz'altro suscettibile di assumere rilevanza civile, in ossequio all'art. 18 della l. 222/1985.

Prima della modifica del Concordato Lateranense e sotto la vigenza del Codice pio-benedettino, il difetto di autorizzazione *ad litem*, secondo un orientamento dottrinale maggioritario, sostenuto anche dalla giurisprudenza di legittimità (Cass. Civ., sez. II, 3 luglio 1964, n. 1738), poteva essere rilevato in giudizio soltanto dall'ente ecclesiastico o dall'autorità ecclesiastica competente ad esercitarne il controllo. Altra tesi, al contrario, restringendo l'operatività delle norme canoniche al solo ambito negoziale, riteneva applicabili, in caso di difetto di autorizzazione, le norme contenute nel codice di rito, con la conseguenza che tale difetto avrebbe potuto essere rilevato d'ufficio in ogni stato e grado del processo, conducendo ad una dichiarazione di inammissibilità della costituzione in giudizio (oppure di contumacia nel caso in cui l'ente canonico fosse la parte convenuta) o di improcedibilità del processo[18].

Invero, deve ritenersi ormai superata la tesi – maggioritaria sotto la vigenza del Concordato del 1929 – che affermava la legittimazione esclusiva dell'ente ecclesiastico a far valere in giudizio il difetto di autorizzazione[19]. Altrettanto non

---

condizione di efficacia di un negozio valido e completo nei suoi elementi costitutivi. Altra dottrina, ritenendo direttamente richiamate nell'ordinamento italiano le disposizioni canoniche, concludeva per la nullità dell'acquisto compiuto in assenza di preventiva autorizzazione, in quanto, in virtù di un presunto rinvio formale operato dall'art. 18 della legge 222/1985 alle disposizioni del *Codex*, l'omissione della *licentia* avrebbe prodotto come sanzione la nullità insanabile dell'atto per contrarietà a norme imperative di diritto canonico. Sul punto cfr. Antonio Fuccillo, *Diritto ecclesiastico e attività notarile*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 52 ss. Mi sia altresì consentito un rinvio a Fabio Balsamo, *Alienazione e acquisti immobiliari degli enti ecclesiastici*, nel vol. Fernando Bocchini (a cura di), *La compravendita immobiliare. Tipologie e tutele*, Tomo II, Giuffrè, Milano, 2016, pp. 41-68.

[16] Come noto, l'annullabilità del negozio potrà essere eccepita dall'ente ecclesiastico convenuto in giudizio anche al di fuori del termine quinquennale. Cfr. Andrea Bettetini, *Gli enti e i beni ecclesiastici, Art. 831 c.c.*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 263

[17] Sul punto cfr. Paolo Cavana, *Attività negoziale degli enti ecclesiastici e regime dei controlli canonici,* in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2007, III, p. 1375.

[18] Per approfondimenti sulle contrapposte posizioni dottrinali e giurisprudenziali si rinvia a Paolo Cavana, *Gli enti ecclesiastici nel sistema pattizio*, cit., pp. 111-113.

[19] Da tale orientamento, sostenuto dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, si era discostato il Tribunale di Napoli con una pronuncia di metà degli anni 70'. Per un commento alla pronuncia cfr. Antonio Vitale, *Controlli canonici sulla costituzione in giudizio di Enti ecclesiatici*, in *Giur.it.*, 1974, I, 2, p. 769 ss.

sostenibile, in ragione della sua contrarietà ai principi del giusto processo (art. 111 Cost.), appare quell'orientamento che rinveniva la necessità di una legittimazione processuale congiunta dell'ente ecclesiastico e dell'autorità ecclesiastica controllante, in base al quale l'ente ecclesiastico avrebbe potuto far valere, in ogni momento del giudizio, «l'assenza della necessaria licenza anche in ipotesi di negligenza da parte del rappresentante legale», ponendosi quindi in una condizione privilegiata e non certo paritaria rispetto alle altre parti processuali[20].

Come rilevato in dottrina, infatti, l'autorizzazione alle liti «a differenza delle altre fattispecie autorizzatorie cui è soggetta l'attività negoziale degli enti ecclesiastici […] esplica i suoi effetti sul processo (negozio di diritto processuale), che è lo strumento necessario per la tutela dei diritti, condizionandone la stessa validità. […] Ne deriva che nell'ordinamento italiano l'autorizzazione alle liti si configura, a differenza degli altri controlli canonici, come requisito di efficacia del relativo negozio, ossia dell'atto di costituzione in giudizio, in grado di esplicare su di esso efficacia sanante qualora intervenuto successivamente nel corso del giudizio»[21].

Tale posizione trova conferma in numerose pronunce della giurisprudenza di legittimità e di merito, le quali, chiamate a valutare la capacità processuale del Parroco privo della prescritta autorizzazione *ad litem,* hanno affermato che la mancata allegazione della *licentia* vale come «*irregolare costituzione per mancanza del requisito di efficacia della costituzione in giudizio*»[22], giacchè «*quando una Parrocchia viene citata in giudizio […] per legittimare la sua capacità processuale deve produrre l'autorizzazione o la licenza vescovile prevista dal can. 1288 del Codice di Diritto Canonico*»[23]. In tale ultima pronuncia la Suprema Corte ha inoltre ribadito che il successivo deposito in giudizio della *licentia ex* can. 1288 *C.i.c.* sana con effetto retroattivo il vizio di autorizzazione, con la conseguente convalida dell'attività processuale precedentemente svolta[24].

---

[20] Così Paolo Cavana, *Rilevanza civile dei controlli canonici ed effetti sull'attività negoziale e processuale degli enti ecclesiastici*, in *Giustizia civile*, 12-2006, p. 2939. Difatti, ammettendo questa tesi, come rilevato dall'A., le altre parti processuali resterebbero esposte «al rischio che l'ente faccia valere nel corso del processo la mancanza della licenza, quasi precostituendosi un vizio di invalidità in grado di travolgere l'intero procedimento, svilendo in questo modo quell'impegno alla "reciproca collaborazione" tra Stato e Chiesa, pilastro dei nuovi accordi…».

[21] Così Paolo Cavana, *Rilevanza civile dei controlli canonici ed effetti sull'attività negoziale e processuale degli enti ecclesiastici*, cit., p. 2939.

[22] Così Corte Civile di Appello di Lecce – Sezione Distaccata di Taranto, sentenza 30 settembre 2011, n. 239.

[23] Così Corte di Cassazione, Sez. II civ., sentenza 23 dicembre 2010, n. 26099

[24] Per un ulteriore commento delle sentenze in esame si rinvia ad Antonio Fuccillo, *Diritto, religioni, culture. Il fattore religioso nell'esperienza giuridica*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 46-48.

Se sulla qualificazione della *licentia* quale condizione di efficacia della costituzione in giudizio dell'amministratore della persona giuridica canonica pubblica la dottrina e giurisprudenza sono concordi, è al contrario controverso il regime della rilevabilità in giudizio di siffatto difetto di autorizzazione.

Parte della giurisprudenza di merito, sul punto, ritiene che il difetto di autorizzazione alla lite costituisca un'eccezione riservata all'esclusiva disponibilità dell'ente e dell'autorità ecclesiastica controllante[25]. In altri termini, un simile accertamento dovrebbe essere precluso all'autonoma iniziativa degli organi della giurisdizione civile, in quanto «il sistema lascia nella disponibilità dell'ente ovvero, più correttamente, della confessione di appartenenza dell'ente medesimo ogni valutazione in merito al concreto avvalimento in sede civile dei rimedi previsti dalle norme confessionali, nei limiti di cui all'art. 18 l. n. 222 del 1985»[26].

Sulla scorta di tale orientamento, oltre che al Giudice, una simile doglianza dovrebbe ritenersi preclusa anche per le altre parti processuali, private dunque di ogni possibilità di eccepire l'irregolare costituzione in giudizio dell'ente in forza del mancato rilascio della *licentia*.

Di segno opposto è la più recente giurisprudenza di legittimità[27], la quale, invero, non sembra precludere alle altre parti processuali la possibilità di eccepire l'eventuale difetto di autorizzazione, anche in considerazione del peculiare regime di inopponibilità delineato dall'art. 18 l. 222/85 in caso di controlli previsti dal *Codex iuris canonici*. Difatti, la Corte di Cassazione con la sentenza n. 26099/2010, lungi dal dichiarare l'inammissibilità dell'eccezione proposta da una delle parti processuali, ha ritenuto sanato il vizio di costituzione soltanto per la successiva allegazione, prima dell'udienza di discussione innanzi alla Suprema Corte, della necessaria *licentia* vescovile prevista dal can. 1288 *C.i.c.*

Conseguentemente, in aderenza a tale orientamento, la dottrina maggioritaria attualmente sostiene che il difetto di autorizzazione potrà essere dedotto dalle altre parti processuali, ma «anche d'ufficio da parte del Giudice […] e la sua mancanza rileverà pertanto, *ex* art. 182 c.p.c., come un difetto di legittimazione processuale dell'ente, come tale rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio e tale da comportare, previa facoltà di assegnare un termine

---

[25] Sul punto si rinvia alle pronunce del Tribunale di Bari, sez. III civ., sentenza 5 ottobre 2012, n. 3122; nonché del Pretore Piacenza 8 aprile 1999, della Corte di Appello di Salerno, 29 gennaio 1996, n. 49 e della Cassazione civile 12 maggio 1993, n. 5418.

[26] Così Tribunale di Bari, sez. III civ., sentenza 5 ottobre 2012, n. 3122.

[27] Cfr. Corte di Cassazione, Sez. II civ., sentenza 23 dicembre 2010, n. 26099, confermata anche da Corte d'Appello di Lecce – Sezione Distaccata di Taranto, sentenza 30 settembre 2011, n. 239.

per il rilascio dell'autorizzazione, una pronuncia di inammissibilità o improcedibilità dell'azione»[28].

Parallelamente, nel caso in cui la persona giuridica canonica pubblica assuma la veste di convenuto, la mancata allegazione della licenza, così come affermato in dottrina, «potrebbe determinare, previa eventuale assegnazione di un termine per il suo rilascio, la dichiarazione di sua contumacia in quanto soggetto irregolarmente costituito»[29].

4. Autorizzazione alle liti e tutela del diritto di difesa in giudizio della persona giuridica canonica pubblica

In seguito al superamento del sistema beneficiale e al conseguente trasferimento del patrimonio immobiliare dei benefici parrocchiali estinti in favore degli Istituti diocesani per il Sostentamento del clero, non è improbabile assistere alla contestuale presenza in giudizio di due o più persone giuridiche canoniche pubbliche.

Si pensi, ad esempio, al proprietario di un fondo intercluso che sia tenuto a citare in giudizio tutti i proprietari dei fondi – tra i quali una Parrocchia e l'Istituto Diocesano per il Sostentamento del Clero o un Istituto Religioso[30] – che si frappongono tra il fondo e l'accesso alla pubblica via[31]. Ancora, potrebbe verificarsi che una persona giuridica canonica pubblica, proprietaria di un immobile intercluso, promuova un'azione diretta alla costituzione coattiva di

---

[28] Così Paolo Cavana, *Rilevanza civile dei controlli canonici ed effetti sull'attività negoziale e processuale degli enti ecclesiastici*, cit., p. 2940.

[29] *Ibidem*

[30] Gli Istituti Diocesani per il Sostentamento del clero, previsti dai cann. 1274 ss. *C.i.c.*, sono persone giuridiche canoniche pubbliche, erette canonicamente dal Vescovo. Come auspicato dal can. 1274 – § 5 C.i.c., essi assumono la qualifica di enti ecclesiastici civilmente riconosciuti, ai sensi della legge 222/1985 e, pertanto, sono iscritti nel Registro delle Persone Giuridiche tenuto presso la Competente Prefettura. Sul tema cfr. Nicola Fiorita, *Gli istituti per il sostentamento del clero tra disciplina normativa, prassi applicativa ed esigenze di riforma,* in *Il Diritto Ecclesiastico,* 2002, II, pp. 642-675, nonché Pierluigi Consorti, *La remunerazione del clero: dal sistema beneficiale agli Istituti per il sostentamento*, Giappichelli, Torino, 2000.

[31] In tali ipotesi la giurisprudenza individua un caso di litisconsorzio necessario tra tutti i proprietari dei fondi intercludenti. Difatti, sulla scorta della sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione del 22 aprile 2013, n. 9685 l'azione di costituzione coattiva di servitù di passaggio deve essere contestualmente proposta nei confronti di tutti i proprietari dei fondi intercludenti che si frappongono all'accesso alla pubblica via, da ritenersi "*litisconsorti necessari, tenuto conto che la sentenza emessa nei confronti soltanto di uno di essi non produrrebbe alcun risultato pratico e non sarebbe suscettibile di esecuzione*". Da tale arresto "*ne consegue che in questi casi non deve essere disposta l'integrazione del contradditorio, ma la domanda va rigettata, perché diretta a far valere un diritto inesistente"* (così S.U. 9685/2013).

una servitù di passaggio pedonale e carrabile in danno dei proprietari dei fondi intercludenti – tra cui una Parrocchia – su cui insiste una tracciato viario privato che permetterebbe all'immobile di essere servito da un accesso carrabile.

In tale ipotesi potrebbe verificarsi che la persona giuridica canonica pubblica – nel caso in esame l'Istituto Diocesano – agisca in giudizio, sulla base di una preventiva licenza vescovile *ad litem ex* can. 1288 *C.i.c.,* nei confronti di una Parrocchia, la quale, ritenendo pregiudizievole per i suoi interessi patrimoniali la costituzione di una siffatta servitù in favore dell'Istituto, resista alla domanda giudiziale contestando integralmente la pretesa dedotta in giudizio dall'attore, ma senza acquisire la preventiva autorizzazione dell'Ordinario. Ebbene, pare evidente come l'Ordinario Diocesano – che ha già autorizzato l'introduzione della lite in foro civile su impulso dell'Istituto Diocesano – difficilmente possa ratificare la condotta processuale della Parrocchia, del tutto avversa rispetto agli interessi dedotti in giudizio dall'altra persona giuridica canonica promotrice dell'azione giudiziaria già autorizzata. Per cui, in simili circostanze, occorre stabilire se l'autorizzazione alla lite rilasciata all'Istituto Diocesano – ossia alla persona giuridica canonica pubblica che assume la veste di parte attrice – possa ritenersi assorbente anche rispetto alla costituzione in giudizio della Parrocchia convenuta. In altri termini, bisogna verificare se il provvedimento autorizzativo della domanda introduttiva del giudizio legittimi o meno anche la costituzione della Parrocchia, che, ai sensi dell'art. 24 Cost., come ogni altro soggetto processuale gode del diritto di far valere le proprie ragioni in giudizio.

In mancanza, infatti, la Parrocchia, onde sanare l'irregolarità della propria costituzione, dovrebbe acquisire il rilascio della licenza vescovile *ex* can. 1288 *C.i.c.* e la ratifica della propria attività processuale. Tuttavia, pare evidente che l'eventuale ratifica dell'Ordinario possa intervenire soltanto nel caso in cui l'ente convenuto manifesti la volontà di modificare le eccezioni già sollevate verso posizioni compatibili con le pretese avanzate da parte attrice. Si giungerebbe così ad una situazione alquanto problematica, giacché un soggetto, estraneo al processo, autorizzerebbe un ente da lui controllato a iniziare una lite nei confronti di un altro ente (la Parrocchia) parimenti sottoposto al suo controllo, obbligando quest'ultimo – con la negazione di analoga autorizzazione – a rinunciare alla possibilità di difendersi nel giudizio, con una significativa compressione del diritto di difesa garantito *ex* art. 24 Cost[32].

---

[32] Il rischio di una incompatibilità tra il controllo previsto dal can. 1288 *C.i.c.* e il diritto costituzionale di difesa garantito dall'art. 24 Cost. era stato già sottolineato in dottrina in relazione a quegli orientamenti che sostenevano la tesi di una legittimazione processuale congiunta dell'autorità ecclesiastica controllante: «in realtà la tesi di una legittimazione processuale congiunta dell'ente ecclesiastico, se da un lato assicurerebbe piena effettività al can. 1288 nell'ordinamento civile, riconoscendo all'ente e all'autorità tutoria la possibilità di poter sempre far valere in giudizio

In tal modo l'Ordinario Diocesano potrebbe stabilire a quale ente possa essere riconosciuto il diritto di agire e resistere in giudizio ed a quale ente tale diritto debba essere negato, anche in presenza di un'azione proposta da una persona giuridica canonica pubblica nei confronti di altra persona giuridica canonica sottoposta al suo controllo.

Meno problematica è l'ipotesi in cui due distinte persone giuridiche pubbliche – sottoposte al controllo del medesimo Ordinario – siano convenute nello stesso giudizio, resistendo alle pretese avanzate da parte attrice senza la preventiva acquisizione delle licenze canoniche prescritte dal can. 1288 *C.i.c.* In tal caso, infatti, il Vescovo diocesano potrà valutare l'opportunità di confermare l'attività processuale di ambedue o di una sola delle persone giuridiche canoniche convenute[33], o di non ratificarne alcuna. Con la conseguenza che, in caso di mancata ratifica dell'attività processuale posta in essere, l'irregolarità della costituzione in giudizio, se rilevata, potrà condurre alla dichiarazione di contumacia della parte non debitamente autorizzata.

5. Riflessioni conclusive

Il potere proprio dell'Ordinario di negare l'autorizzazione a resistere in un giudizio ad una persona giuridica canonica convenuta da altra persona giuridica pubblica sembrerebbe determinare, ad una prima analisi, una limitazione non trascurabile del diritto di difesa dell'ente, al contrario garantito dall'ordinamento italiano all'art. 24 Cost. Siffatta compressione del diritto alla difesa appare però giustificata dalla necessità di esercitare un rigido controllo dell'autorità sulle attività, anche processuali, di tali enti, affinché le medesime risultino strettamente necessarie al raggiungimento dei fini propri della Chiesa ed in linea con i principi fondamentali del diritto canonico. Il sistema di

---

l'assenza della necessaria licenza anche in ipotesi di negligenza da parte del rappresentante legale, dall'altro potrebbe però risultare oggi in contrasto con i principi dell'ordinamento. In particolare potrebbe pregiudicare le esigenze del giusto processo (art. 111, comma 2, cost.: ogni processo si svolge «in condizioni di parità») e soprattutto il diritto alla tutela giurisdizionale dei terzi (art. 24 cost.)». Così Paolo Cavana, *Rilevanza civile dei controlli canonici ed effetti sull'attività negoziale e processuale degli enti ecclesiastici,* cit., p. 2939. Sull'art. 24 Cost. si rinvia, *ex plurimis,* a Luigi Paolo Comoglio, Metello Scaparone, Massimo Nobili, Franco Bricola, Nicola Mazzacuva, *Art. 24-26. Rapporti civili. Commentario della Costituzione*, a cura di Giuseppe Branca, Zanichelli, Bologna, 1981, nonché ad Aristide Police, Art. 24, in Raffaele Bifulco, Alfonso Celotto, Marco Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Artt. 1-54, UTET, Torino, 2006, pp. 501-525.

[33] Un simile intervento sarebbe addirittura auspicabile nel caso in cui le deduzioni e le eccezioni addotte dalle persone giuridiche canoniche convenute in giudizio siano tra di loro inconciliabili o contrastanti.

controllo delineato dal can. 1288 *C.i.c.* assurge dunque a strumento con cui garantire la reciproca «coerenza istituzionale»[34] di enti che agiscono unitariamente *in nomine Ecclesiae*.

Con riguardo alla posizione processuale degli altri soggetti va sottolineato che l'affermazione della rilevabilità d'ufficio del difetto di autorizzazione *ad litem,* come sostenuta dalla più recente dottrina, impedisce che dal sistema dei controlli di cui al can. 1288 *C.i.c.* possa derivarne una lesione del diritto di difesa delle altre parti del giudizio, assoggettate, secondo le ricostruzioni già evidenziate in precedenza, al potere dell'autorità ecclesiastica controllante di confermare o invalidare, in qualsiasi momento, l'attività processuale già espletata.

Del resto, il riconoscimento in capo alle parti di dedurre l'irregolare costituzione della persona giuridica canonica pubblica si pone anche come diretta conseguenza della presunzione di conoscenza – stabilita dall'art. 18 della l. 222/85 – dei controlli e delle limitazioni ai poteri di rappresentanza risultanti dal *Codex iuris canonici* o dal registro delle persone giuridiche. Pertanto, nel caso in cui l'amministratore dell'ente, in violazione del can. 1288 *C.i.c.*, non abbia acquisito la preventiva autorizzazione a stare in giudizio, sarà onere della parte interessata eccepire tempestivamente l'irregolarità della costituzione e il relativo difetto di legittimazione processuale. Difatti, tali limitazioni al potere di rappresentanza dell'ente, essendo espressamente previste dal *Codex,* si presumono come conosciute dai terzi e, pertanto, non sarebbero più opponibili dalla parte interessata in mancanza di specifica contestazione.

In conclusione, il sistema di controlli canonici delineato nel can. 1288 *C.i.c.* parrebbe comportare un'evidente compressione del diritto di difesa previsto dall'art. 24 Cost. per quegli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti che, in ambito canonistico, sono eretti in persone giuridiche pubbliche. Una simile limitazione – determinata dal potere dell'autorità di incidere sulla difesa in giudizio di tali enti – trova però giustificazione nel preminente rilievo attribuito dal legislatore pattizio, in tema di amministrazione degli enti ecclesiastici, ai controlli canonici, come si evince dall'art. 7, comma 5 della legge 121/1985 e dal riconoscimento della loro rilevanza civile statuito dall'art. 18 della legge 222/1985.

Va però segnalato che l'obbligo di acquisire la preventiva *licentia* dell'autorità ecclesiastica non sempre riceve puntuale applicazione da parte degli amministratori delle persone giuridiche canoniche, determinando, nella pras-

---

[34] La locuzione è utilizzata da Salvatore Berlingò, *Enti ecclesiastici – Enti delle confessioni religiose*, in *Rivista Telematica Stato, Chiese e pluralismo confessionale, www.statoechiese.it*, maggio 2007, p. 1 ss.

si, ripercussioni negative non solo in ambito ecclesiale[35], ma anche in sede processuale, sia in termini di celerità del giudizio che in ragione del rischio di un successivo travolgimento delle attività processuali eventualmente non ratificate dall'autorità controllante.

È per tale ragione che, allo scopo di ridurre al minimo i possibili segnalati inconvenienti di natura processuale, occorrerebbe indubbiamente un maggiore rigore degli amministratori nell'applicazione del can. 1288 *C.i.c.*, anche in ossequio al principio di leale collaborazione affermato nell'art. 1 degli Accordi di Villa Madama[36]. Nondimeno, alla luce della segnalata necessità di adeguare il sistema di controllo delineato dal can. 1288 *C.i.c.* alle innovazioni introdotte nell'ordinamento statuale in tema di processo civile e di strumenti alternativi di risoluzione della controversie, sarebbe auspicabile affidare alla contrattazione bilaterale tra Stato e Chiesa il compito di elaborare direttive comuni in tale ambito.

Infatti, anche per le notevoli difficoltà applicative ed interpretative determinate dall'entrata in vigore della recente riforma del Terzo settore sull'intera materia degli enti e dei beni ecclesiastici[37], oltre che sullo stesso tema dei controlli canonici[38], potrebbe rivelarsi di particolare utilità il ricorso ad una Commissione Paritetica Stato-Chiesa, come previsto dall'art. 7, sesto comma della legge 121/1985.

---

[35] Difatti, la circostanza che una persona giuridica pubblica canonica agisca nei confronti di un'altra persona giuridica canonica senza la preventiva autorizzazione vescovile integra una situazione di certo non conforme ai principi del diritto canonico, analogamente a quelle ipotesi in cui la persona giuridica canonica convenuta intenda resistere in giudizio contestando le pretese avanzate da analogo ente in difetto del previo rilascio della licenza scritta dell'Ordinario. Non vi è dubbio che in tal caso l'Ordinario ben potrà adottare nei confronti degli amministratori delle persone giuridiche pubbliche, specialmente se presbiteri, i provvedimenti ritenuti più opportuni, richiamandoli all'ossequioso rispetto delle disposizioni canoniche.

[36] Per una rilettura del dovere di reciproca collaborazione, atta a ricomprenderne l'attuazione in numerosi ulteriori ambiti, cfr. *ex multis* 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, pp. 1-33.

[37] Per le problematiche derivanti dall'applicazione della riforma del Terzo settore (l. 106/2016 e successivi decreti attuativi) agli enti ecclesiastici cfr. Andrea Perrone, Venerando Marano, *La riforma del Terzo settore e gli enti ecclesiastici: un costo o un'opportunità*, in *Rivista Telematica Stato, Chiese e pluralismo confessionale, www.statoechiese.it*, n. 35-2018; Pierangela Floris, *Enti religiosi e riforma del Terzo settore: verso nuove partizioni nella disciplina del Terzo settore*, in *Rivista Telematica Stato, Chiese e pluralismo confessionale, www.statoechiese.it,* n. 3-2018; Pierluigi Consorti, *Questioni di diritto patrimoniale canonico. Alcune riflessioni a partire dagli adempimenti conseguenti alla riforma italiana in materia di Terzo settore*, in *Rivista Telematica Stato, Chiese e pluralismo confessionale, www.statoechiese.it,* n. 10-2019.

[38] Sottolinea l'incidenza della riforma del Terzo settore anche sulla materia dei controlli canonici Paolo Cavana, *Enti ecclesiastici e riforma del Terzo settore. Profili canonistici*, in *Rivista Telematica Stato, Chiese e pluralismo confessionale, www.statoechiese.it,* n. 22-2018, specialmente pp. 20-24.

Riassunto

L'istituto dell'autorizzazione alle liti, previsto dal can. 1288 *C.i.c.*, è idoneo a produrre effetti di natura processuale di non poco conto nei giudizi in cui sia parte un ente ecclesiastico avente natura di persona giuridica canonica pubblica. Il presente contributo, oltre a sostenere la possibile operatività del can. 1288 *C.i.c.* anche nei procedimenti di mediazione e negoziazione assistita, intende offrire una disamina dei risvolti processuali che possono scaturire dal mancato rilascio della preventiva autorizzazione da parte della competente autorità ecclesiastica, segnalando i relativi inconvenienti in termini di durata del processo e di esercizio del diritto di difesa costituzionalmente garantito dall'art. 24 Cost.

Parole chiave

Autorizzazione alle liti; can. 1288 C.i.c.; enti ecclesiastici; capacità processuale enti ecclesiastici

Abstract

The institute of authorization to disputes, foreseen by can. 1288 of *Codex iuris canonici*, is capable of producing procedural effects of no small importance in judgments in which an ecclesiastical body having the nature of a public canonical legal person is a part. In addition to supporting the possible operation of can. 1288 *C.i.c.* also in mediation and assisted negotiation procedures, the paper intends to offer an examination of the procedural implications that may arise from the failure to issue the prior authorization by the competent ecclesiastical authority, indicating the relative inconveniences in terms of duration of the trial and exercise of the right of defense constitutionally guaranteed by art. 24 Const.

Key words

Authorization to dispute; can. 1288 C.i.c.; ecclesiastical bodies; procedural capacity of ecclesiastical bodies

Dimensione pubblica delle religioni nelle società civili contemporanee

Pasquale Lillo

Sommario: *1. Esperienza religiosa e dimensione pubblica – 2. Rilevanza sociale del fenomeno religioso – 3. Funzione politica delle religioni – 4. Dimensione giuridica dell'esperienza religiosa*

1. Esperienza religiosa e dimensione pubblica

La Religione è una dimensione studiata da diverse discipline scientifiche.

Si occupano di tematiche religiose non soltanto le Scienze religiose (la Teologia), ma anche, per esempio, l'Antropologia, l'Economia, la Filosofia, la Letteratura, le Scienze politiche, la Sociologia e la Storia.

Anche le Scienze giuridiche si occupano tradizionalmente di questioni e di situazioni attinenti alla sfera religiosa.

Sia nel corso della storia sia nel mondo contemporaneo molti ordinamenti politici hanno rivolto particolare attenzione a profili tematici di natura religiosa. L'esperienza intercorsa dimostra, infatti, che pure negli ordinamenti giuridici statali meno "sensibili" alla dimensione spirituale dell'uomo è possibile rintracciare, comunque, qualche norma o qualche atto giuridico specifico che prende in considerazione (a seconda dei casi, in senso "positivo" e benevolo ovvero in senso "negativo") il fenomeno religioso.

Le ragioni che spingono gli ordinamenti statali moderni a riservare attenzione al fattore religioso e a regolamentarne espressamente determinati aspetti – spesso attraverso proprie norme di livello costituzionale – vanno rintracciate probabilmente in quella "forza intrinseca" che viene generalmente riconosciuta alle religioni presenti all'interno delle società civili. Vanno rintracciate in quella "forza originaria" e oggettiva che consente alle religioni di incidere – talvolta in modo profondo – non solo nel tessuto etico ma anche nella sfera politica e nelle dinamiche istituzionali e giuridiche degli Stati contemporanei.

Poiché l'esperienza religiosa non si limita a toccare soltanto la dimensione privata dei singoli (la loro coscienza personale), ma si estende e incide altresì nella dimensione sociale e pubblica degli ordinamenti politici contemporanei,

si può ritenere che gli Stati tendono a disciplinare alcuni aspetti del fenomeno religioso per perseguire, soprattutto, due obbiettivi ritenuti importanti.

In primo luogo, per ragioni "difensive" (di "autotutela"), nel senso che gli Stati, consapevoli del "potenziale" e della "forza" che le religioni possono esprimere (anche) nella sfera pubblica, tendono a regolare taluni aspetti dell'esperienza religiosa dei consociati per tenerla (in un certo senso) "sotto controllo". In secondo luogo, per ragioni "promozionali" (di "garanzia" e di "tutela" delle libertà fondamentali dell'uomo), nel senso che gli Stati disciplinano la materia religiosa per assicurare spazi di libertà in questo settore ai propri consociati; onde consentire loro di potersi determinare (a seconda dei casi, più o meno) "liberamente" nella sfera religiosa e nella dimensione sociale.

Sotto quest'ultimo profilo, è possibile osservare che il diritto di libertà religiosa risulta significativamente legato alla storia dei Paesi e delle culture afferenti all'area c.d. "occidentale". Non a caso, nella letteratura giuridica, spesso la libertà religiosa risulta qualificata – se non proprio come la "prima" – comunque fra le "prime" libertà umane fondamentali.

Tale riconoscimento deriva segnatamente tanto dal singolare ruolo storico e politico che la libertà religiosa ha ricoperto – in molti casi e circostanze – in diverse dinamiche giuridiche nazionali e internazionali[1], quanto dai suoi contenuti valoriali, ideali e pratici nello stesso tempo.

Da questo punto di vista, giova ricordare che la libertà in materia religiosa sembra rappresentare l'unico esempio di diritto fondamentale che investe contemporaneamente tanto la dimensione fisica, terrena e temporale dell'uomo, quanto la sua dimensione spirituale. Nel senso che la religiosità umana appare costituire la sola esperienza di libertà capace di avere anche una proiezione escatologica, che la rende potenzialmente idonea a rispondere agli "interrogativi ultimi" dello spirito umano circa il senso e il "destino finale" della vita e del mondo. Essa si mostra come il solo diritto in grado di guardare oltre i limitati confini della sfera civile e temporale, aprendosi alla dimensione

---

[1] Giuseppe Dalla Torre, voce *Libertà religiosa*, in Enrico Berti, Giorgio Campanini (a cura di), *Dizionario delle idee politiche*, AVE, Roma, 1993, p. 480; Pio Fedele, *La libertà religiosa*, Giuffrè, Milano, 1963, p. 45; Francesco Ruffini, *La libertà religiosa come diritto pubblico subiettivo*, Il Mulino, Bologna, 1992, p. 72. Significative in tal senso, durante l'Impero romano, le persecuzioni dei primi cristiani, i quali lottavano – spesso fino al martirio personale – per reclamare e per affermare la propria libertà di credenza e di culto. Non meno significative, sul piano storico come su quello politico, le lotte per l'affermazione della libertà religiosa, durante l'età moderna, che hanno idealmente anticipato l'avvento delle grandi democrazie "occidentali" e le fondamentali "conquiste civili" di libertà ad esse correlate. Emblematica in tal senso l'intera vicenda che ha caratterizzato la formazione progressiva degli Stati Uniti d'America, all'interno della quale particolari "*radici religiose*" sembrano aver sostanzialmente ispirato, guidato ed 'innervato' il processo di costruzione del complessivo sistema dei diritti fondamentali dell'uomo, così come "modernamente" intesi in una coscienza sociale sempre più generalizzata (cfr. *infra*, nota 11).

metafisica: in tale dimensione, trovano singolare 'convergenza', da un lato, determinati aspetti legati alla definizione degli "stadi ultimi" dell'esistenza umana e dell'intero creato, e, dall'altro, significative ricadute attinenti al comportamento umano in relazione agli stessi rapporti interpersonali. La libertà religiosa sembra essere, così, l'unica libertà fondamentale il cui esercizio può arrivare a influenzare i comportamenti umani individuali e sociali orientandoli al rispetto di uno specifico "codice morale" di natura religiosa ritenuto, dai credenti in una fede comune, siccome oggettivamente vincolante, fino ad incidere profondamente nell'affermazione e nello sviluppo della stessa personalità dell'uomo.

2. *Rilevanza sociale del fenomeno religioso*

L'affermazione della libertà religiosa come diritto fondamentale dell'uomo – particolarmente rilevante in relazione alla storia degli Stati e alla loro sfera costituzionale – contribuisce ad argomentare l'idea che il fenomeno religioso non tocca soltanto la dimensione privata, individuale e collettiva, della persona umana, ma si proietta oltre, investendo a vari livelli anche lo "spazio pubblico", nazionale e internazionale contemporaneo.

Il fenomeno religioso attraversa la "dimensione pubblica" e riveste conseguentemente rilevanza pubblica nel mondo contemporaneo sotto tre aspetti differenti: sociale, politico e giuridico. Sono aspetti distinti, ma strettamente legati fra di loro, e possono essere ricondotti in questa sede – sia pure nei loro tratti essenziali – ad un quadro sistematico unitario.

In primo luogo, l'esperienza religiosa vive ed è presente, sotto vari aspetti, nella dimensione sociale.

Preliminarmente, occorre rilevare che la religione può svolgere nei confronti del credente, innanzitutto, una funzione strettamente spirituale accompagnandolo nel percorso personale di conoscenza, di pratica e di crescita nella fede cui appartiene. Ma può esercitare altresì una profonda influenza nella sfera morale del singolo soggetto, incidendo nella formazione della sua coscienza e nel processo formativo della sua stessa personalità. Il pensiero religioso può indirizzare specialmente la visione del mondo e della vita del soggetto credente, le sue scelte, la sua complessiva dimensione esistenziale.

L'influenza morale e pedagogica della religione sullo spirito e sulla volontà dei credenti risulta evidente ove si osservi che l'esperienza religiosa non tocca soltanto gli animi dei consociati, ma può accompagnare concretamente anche i loro comportamenti a livello comunitario, le loro relazioni interpersonali, incidendo sul sistema dei rapporti sociali che essi stessi alimentano con

le loro condotte collettive. L'opera educativa promossa dalle dottrine religiose – segnatamente ove diffusamente condivise a livello popolare – tende ad influenzare oggettivamente, e spesso in modo profondo, il tessuto connettivo e culturale della società civile, il suo patrimonio etico e valoriale, i suoi usi, i costumi, le tradizioni popolari e i modelli comportamentali (individuali e collettivi, pubblici e privati), contribuendo a caratterizzare aspetti importanti delle strutture sociali dello Stato.

Nella dimensione sociale la presenza religiosa è testimoniata soprattutto dalle attività svolte, a diversi livelli, dalle confessioni religiose.

Le comunità religiose sono «formazioni sociali» (arg. *ex* art. 2 Cost. italiana) che possono contribuire alla formazione, alla promozione e allo sviluppo dei singoli aderenti. In special modo e in diversi contesti sociali, esse possono essere dirette a stimolare la crescita della persona, a favorirne la relazionalità, la socialità e l'integrazione nella sfera dei rapporti umani e nella vita della collettività statuale. Inoltre, in vari casi, le confessioni religiose, riversando nel tessuto sociale di diversi ordinamenti statali contemporanei i loro valori spirituali, sono chiamate a concorrere alla costruzione e alla qualificazione delle fondamenta morali, delle basi etiche, della comunità civile nazionale.

La rilevanza sociale della presenza confessionale traspare, per esempio, dalle righe del Preambolo del Trattato sull'Unione Europea (nella sua versione consolidata), dove, pur non facendosi espresso riferimento alle "radici" giudaiche e cristiane della società europea[2], si riconosce, nondimeno, che le sue Istituzioni si ispirano «alle eredità culturali, religiose e umanistiche dell'Europa, da cui si sono sviluppati i valori universali dei diritti inviolabili e inalienabili della persona, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza e dello Stato di diritto»[3].

---

[2] Sul punto, cfr. Giuseppe Dalla Torre, *Europa. Quale laicità?*, San Paolo, Cinisello Balsamo (MI), 2003, p. 11 ss., e, per la posizione del magistero pontificio in argomento, *ivi*, pp. 124-125; Matteo Lugli, Jlia Pasquali Cerioli, Ingrid Pistolesi, *Elementi di diritto ecclesiastico europeo. Principi – Modelli – Giurisprudenza*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 5 ss.; Gianfranco Macrì, *Il fenomeno religioso nel sistema giuridico dell'Unione europea*, in Gianfranco Macrì, Marco Parisi, Valerio Tozzi, *Diritto ecclesiastico europeo*, Laterza, Roma-Bari, 2006, p. 139 ss.; Giovanni Battista Varnier, *Identità spirituale e diritti nell'Europa cristiana*, in Marco Parisi (a cura di), *Le organizzazioni religiose nel processo costituente europeo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2005, p. 128 ss.

[3] In particolare, circa il significativo ruolo svolto dalle Chiese nella costruzione culturale e *sociale* europea, cfr. Giuseppe Dalla Torre, *Europa. Quale laicità?*, cit., p. 5 ss.; Giuseppe Casuscelli, *Stati e religioni in Europa: problemi e prospettive*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*. Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), giugno 2009, p. 1 ss. In argomento, cfr. altresì Alessandra Mignolli, *Eredità e libertà. Il ruolo della libertà religiosa nel diritto dell'Unione Europea*, in Maria Irene Papa, Giuseppe Pascale, Mario Gervasi (a cura di), *La tutela internazionale della libertà religiosa: problemi e prospettive*, Jovene, Napoli, 2019, p. 101-102, secondo la quale «una notazione interessante sulla formulazione di questo enunciato del preambolo è rappresentata dalla versione tedesca, dove la

A ben guardare, «le radici cristiane sono proprie di quasi tutti i Paesi europei, e sono affermate e ribadite a diversi livelli delle rispettive legislazioni. Queste radici, a loro volta, se hanno un substrato e un amalgama comuni nel Cristianesimo, si diversificano poi nelle sue tre grandi direzioni del Cristianesimo ortodosso, che coinvolge i Paesi dell'Europa orientale, del Cristianesimo protestante, che interessa soprattutto l'Europa del Nord ma con importanti diramazioni in Germania, in alcuni cantoni svizzeri e altri Paesi, e del Cattolicesimo, che riguarda un gran numero di Paesi un po' in tutto il continente europeo»[4].

Alla luce di questa impostazione, a livello giuridico europeo, è rilevabile la tendenza a riconoscere e a salvaguardare «l'identità specifica e il ruolo sociale delle Chiese e delle Confessioni religiose. Esse, infatti, hanno sempre rivestito e continuano a rivestire un ruolo per molti versi determinante nell'educare ai valori portanti della convivenza, nel proporre risposte alle domande fondamentali riguardanti il senso della vita, nel promuovere la cultura e l'identità dei popoli, nell'offrire all'Europa ciò che concorre a darle un auspicabile e necessario fondamento spirituale. Esse del resto non sono riconducibili a mere entità private, ma operano con uno specifico spessore istituzionale, che merita di essere apprezzato e giuridicamente valorizzato, rispettando e non pregiudicando lo statu-

---

locuzione 'spirituale' è resa con '*geistig-religiösen*'. Il dibattito si riaccese durante i lavori della Convenzione incaricata di redigere il progetto di Trattato costituzionale. Molti membri di tale assemblea erano in favore dell'inserimento nel preambolo di un riferimento alle tradizioni religiose e alle radici giudaico-cristiane dell'Europa. Tuttavia, le proposte in tal senso – ne furono presentate numerose, in diverse forme – si scontrarono con l'opposizione da parte di quegli Stati membri, quali soprattutto la Francia e la Svezia, per i quali la laicità, nel senso di una completa separazione tra la sfera giuridico-politica e quella religiosa, costituisce un valore assoluto. La Chiesa cattolica, guidata da Papa Giovanni Paolo II, rivolse un appello ai membri della Convenzione perché non trascurassero le radici cristiane della costruzione europea. Il compromesso raggiunto alla fine dei lavori della Convenzione, e che è stato successivamente accolto senza modifiche anche nel preambolo del TUE nel testo approvato a Lisbona nel 2007, dopo il fallimento del Trattato costituzionale del 2004» non contiene «nessun riferimento alle radici cristiane, o giudaico-cristiane, nessuna invocazione a Dio, come pure era stato proposto – e come avviene nelle Costituzioni di alcuni Stati membri – ma solo un generico riferimento alle "eredità religiose" tra le fonti dei valori su cui si fonda l'Unione. Per molti questo compromesso ha rappresentato un'occasione perduta di esprimere ed affermare l'identità storica della cultura europea, in nome di una scelta di campo a favore di un approccio esclusivamente – o prevalentemente – laico al processo di integrazione europea e all'affermazione dei suoi valori di fondo».

[4] Carlo Cardia, *Identità religiosa e culturale europea. La questione del crocifisso*, Allemandi & C., Torino-Londra-Venezia-New York, 2010, p. 71, il quale, in relazione al tema delle «radici cristiane» dell'Europa, sottolinea che non esiste «ordinamento di uno Stato europeo che non dia rilievo giuridico essenziale, a livello costituzionale, o di leggi fondamentali della libertà religiosa o di accordi internazionali o di intese interne, alla tradizione cristiana e alle sue specifiche tre grandi diramazioni. Il richiamo solenne alla tradizione religiosa e culturale, contenuto in questi testi normativi, ha a sua volta delle ricadute importanti nelle rispettive legislazioni ecclesiastiche, sui temi classici della libertà religiosa e delle relazioni con le Chiese e le confessioni religiose, su altri temi che comprendono anche la simbologia religiosa, con differenti soluzioni».

to di cui beneficiano negli ordinamenti dei diversi Stati membri dell'Unione»[5].

Inoltre, appare interessante segnalare su questo versante che, soprattutto a partire dalla seconda metà del XX secolo, sempre più spesso, molte istituzioni religiose di diffusione mondiale (cristiane e non cristiane) si sono dimostrate particolarmente "sensibili" verso determinate problematiche sociali di valenza nazionale ovvero di rilievo internazionale, e hanno offerto il proprio patrimonio valoriale e dottrinale – nonché il proprio impegno confessionale – per contribuire in concreto alla loro soluzione.

Alcune volte le religioni interessate sono intervenute nella trattazione delle tematiche sociali singolarmente. Altre volte, invece, hanno agito di concerto – in modalità collettiva – nell'ambito del c.d. "dialogo interreligioso", affrontando e condividendo, insieme, alcune problematiche di carattere "sociale" od "umanitario" che affliggono la società contemporanea.

L'impegno sociale di livello confessionale o interconfessionale riguarda generalmente problematiche sociali come le diseguaglianze e la giustizia sociale, l'analfabetismo, i diritti umani (fra cui la libertà religiosa), la fame e la povertà nel mondo, la guerra e la pace, il sottosviluppo e lo sfruttamento, il rispetto della natura e dell'ambiente, l'economia e il lavoro, la salute umana e la tutela sanitaria. In diversi casi, i frutti del "dialogo interreligioso" hanno prodotto effetti concreti sia nella sfera di alcuni ordinamenti sociali nazionali, sia nell'ambito della Comunità internazionale, soprattutto in relazione al contributo confessionale offerto per la stesura di rilevanti documenti internazionali convenzionali aventi contenuto c.d. "umanitario"[6].

Così, le istituzioni religiose sembrano aver preso consapevolezza (pure a livello di relazioni interconfessionali) che un'autentica promozione della persona umana e dei suoi diritti fondamentali non può essere demandata esclusivamente ai "livelli politici" delle istituzioni civili, ma può essere realizzata effettivamente soltanto mediante il concorso di tutte le "forze sociali" esistenti all'interno degli ordinamenti statuali. E, dunque, anche – e particolarmente – mediante il contributo confessionale o interconfessionale delle religioni contemporanee.

---

[5] Giuseppe Dalla Torre, *Europa. Quale laicità?*, cit., p. 131. Per un esame di alcuni aspetti di specie della funzione *sociale* riconosciuta alle varie "presenze confessionali" in Europa, cfr. Gianfranco Macrì, *Europa, lobbying e fenomeno religioso. Il ruolo dei gruppi religiosi nella nuova Europa politica*, Giappichelli, Torino, 2004, *passim*, e spec. 114 ss.; Id., *Il ruolo delle organizzazioni religiose in Italia e in Europa tra rappresentanza degli interessi e attività di lobbying*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, rivista telematica (*www.statoechiese.it*) n. 8/2013, p. 3 ss.

[6] Cfr., di recente, Lucia Graziano, *Diritto internazionale e Santa Sede: la cura della 'casa comune' nell'era della global governance*, in Maria Irene Papa, Giuseppe Pascale, Mario Gervasi (a cura di), *La tutela internazionale della libertà religiosa: problemi e prospettive*, cit., p. 127 ss.

3. Funzione politica delle religioni

In secondo luogo, l'esperienza religiosa vive ed è presente, sotto vari aspetti, nella dimensione politica delle società civili contemporanee.

Nel corso della storia il fattore religioso ha influenzato in modo rilevante la vita di alcuni ordinamenti statuali, incidendo nelle loro rispettive vicende politiche e istituzionali – e nell'esercizio stesso del "potere" e della "sovranità" politica – attraverso forme, strumenti e modalità differenti nello spazio e nel tempo[7]. Peraltro, le vicende storiche dimostrano ampiamente che l'elemento religioso, nell'influenzare e (in alcuni casi) nel condizionare le dinamiche della sfera politica e dell'esercizio stesso del potere sovrano, ha inciso più o meno profondamente nella formazione e nella 'conformazione' di diversi ordinamenti statuali.

Nell'età contemporanea le religioni hanno esercitato un ruolo politico di carattere strategico, soprattutto nel mondo "occidentale", dove, in diversi casi, hanno contribuito in modo concreto all'affermazione della democrazia e al rafforzamento dei sistemi politici democratici. Tale funzione politica e costruttiva in senso democratico, nell'ambito delle società "occidentali", appare particolarmente riconosciuta alle religioni dell'area cristiana (cattolica, ortodossa e protestante).

Il punto di forza dell'azione politica delle Chiese cristiane negli ordinamenti contemporanei trova radice in un fondamentale principio evangelico, che, nel corso della storia, ha cambiato, fra l'altro, i destini e gli assetti politici nazionali e internazionali.

Si tratta di un principio (all'epoca) "rivoluzionario" dell'"ordine" e dei sistemi politici preesistenti, basato su una concezione dualistica della realtà – la quale distingue Dio da Cesare – implicante distinta coesistenza (in un quadro di reciproca autonomia) fra sacro e profano, fra ordine temporale e sfera religiosa, fra politica e religione[8]. Tale impostazione dualistica del mondo e

---

[7] Piero Bellini, *La coscienza del Principe. Prospettazione ideologica e realtà politica nelle interposizioni prelatizie nel Governo della cosa pubblica*, Giappichelli, Torino, 2000, I, p. 87 ss.; Harold J. Berman, *Diritto e rivoluzione. Le origini della tradizione giuridica occidentale*, Il Mulino, Bologna, 1998, p. 24 ss.; Id., *Diritto e rivoluzione*. II. *L'impatto delle riforme protestanti sulla tradizione giuridica occidentale*, Il Mulino, Bologna, 2010, p. 9 ss.; Carlo Cardia, *Principi di diritto ecclesiastico. Tradizione europea legislazione italiana*, Giappichelli, Torino, 2015, p. V ss.; Patrick H. Glenn, *Tradizioni giuridiche nel mondo. La sostenibilità della differenza*, Il Mulino, Bologna, 2011, p. 171 ss., 293 ss., 455 ss., 501 ss.; Gabriel Le Bras, *La Chiesa del diritto. Introduzione allo studio delle istituzioni ecclesiastiche*, Il Mulino, Bologna, 1976, p. 241.

[8] Cfr. Giuseppe Dalla Torre, *Dio e Cesare. Paradigmi cristiani nella modernità*, Città Nuova, Roma, 2008, p. 45 ss.; Id., *Lezioni di diritto canonico*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 281 ss.; Ombretta Fumagalli Carulli, *"A Cesare ciò che è di Cesare, a Dio ciò che è di Dio". Laicità dello Stato e libertà*

della società umana – che trova espressione diretta nell'insegnamento cristiano contenuto nei Vangeli[9] – sul presupposto dell'esistenza di una distinzione (anche) istituzionale fra potere politico e dimensione religiosa, implica altresì una valorizzazione della coscienza personale dei soggetti e una sua particolare rilevanza (pure) nei confronti dell'autorità dello Stato.

Il riconoscimento cristiano ed evangelico del "primato della coscienza" umana sul piano assiologico[10], il quale si è tradotto nell'ambito giuridico soprattutto nel riconoscimento della libertà di coscienza e della libertà religiosa – e che si impone anche nei confronti della sovranità statale – rappresenta un "seme" che si è dischiuso progressivamente nel corso della storia, e che ha portato al risultato, fra l'altro, della nascita dei sistemi politici democratici moderni[11]. Nella specie, le grandi Democrazie contemporanee afferenti

---

delle Chiese, Vita e Pensiero, Milano, 2006, p. 3 ss.; Marco Rizzi, *Cesare e Dio. Potere spirituale e potere secolare in Occidente*, Il Mulino, Bologna, 2009, p. 21 ss.

Per una lettura del principio *dualista* cristiano dal punto di vista della "teologia politica" (da non confondersi con la "teologia della politica", che è invece la riflessione teologica sulla politica come pensiero e arte di governo della società civile), per la quale il Cristianesimo avrebbe introdotto, fra l'altro, una novità fondamentale che sarà determinante per il futuro della storia umana, nella specie, consistente nella "desacralizzazione del potere politico", cfr. Massimo Borghesi, *Critica della teologia politica. Da Agostino a Peterson: la fine dell'era costantiniana*, Marietti 1820, Genova-Milano, 2013; in proposito, cfr. altresì Merio Scattola, *Teologia politica*, Il Mulino, Bologna, 2007, p. 157 ss., spec. 169 ss.

[9] Per una particolare rappresentazione del *principio dualista* cristiano, cfr. Oscar Cullmann, *Dio e Cesare*, AVE, Roma, 1996, p. 11 ss. e 42 ss.; e, circa il rapporto fra dottrina *dualista* cristiana e democrazia, cfr. l'originale lettura offerta da Gustavo Zagrebelsky, *Il «crucifige» e la democrazia*, Einuadi, Torino, 1995, p. 11 ss., e 118 ss.

[10] Cfr. Giuseppe Dalla Torre, *Il primato della coscienza. Laicità e libertà nell'esperienza giuridica contemporanea*, Studium, Roma, 1992, *passim*, e spec. p. 101 ss.

[11] Emblematico, in tal senso, per esempio, il percorso che ha portato alla formazione degli Stati Uniti d'America. Per un esame degli eventi e dei passaggi che hanno elevato la *libertà religiosa* al ruolo di protagonista della storia costituzionale inglese e nord-americana nel XVII e nel XVIII secolo, e per un parallelo esame dei connessi processi di affermazione della democrazia e dei diritti fondamentali dell'uomo sul piano giuridico, cfr. Giuseppe Buttà, *Politica e religione nell'età della formazione degli Stati Uniti d'America*, Giappichelli, Torino, 1998, p. IX ss.; Carlo Cardia, *Principi di diritto ecclesiastico. Tradizione europea legislazione italiana*, cit., p. 79 ss.; Lucia Corso, *Spirito di religione e spirito di libertà. Alle origini del contrattualismo nordamericano*, il Mulino, Bologna, 2001, pp. 67 ss., 91 ss., 193 ss. e 233 ss.; Stephen Holmes, Cass R. Sunstein, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, Il Mulino, Bologna, 2000, p. 183 ss., spec. p. 188 ss.; Nicola Matteucci, *Presentazione* di Roland H. Bainton, *La lotta per la libertà religiosa*, Il Mulino, Bologna, 1963, p. 1-4; Martha A. C. Nussbaum, *Libertà di coscienza e religione*, Il Mulino, Bologna, 2009, p. 31 ss.; Francesco Onida, *Separatismo e libertà religiosa negli Stati Uniti. Dagli anni sessanta agli anni ottanta*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 51 ss.; Francesco Ruffini, *La libertà religiosa come diritto pubblico subbiettivo*, Il Mulino, Bologna, 1992, pp. 186 ss. e 198 ss.; Mario Tedeschi, *Alle radici del separatismo americano*, in *Il diritto ecclesiastico*, 1984, I, p. 92 ss.; Valentina Valentini, *Gli Stati Uniti e la religione. Separatismo e libertà religiosa nella democrazia americana*, Cedam, Padova, 2010, p. 25 ss. Per un'analisi di recente giurisprudenza statunitense applicativa delle norme costituzionali nord-americane in tema di libertà religiosa, cfr. Pasquale Annicchino, *Esportare la libertà*

all'area c.d. "occidentale", nel riconoscere centralità sistematica e valoriale alla persona umana, e nell'affermare un suo oggettivo "primato" rispetto alla stessa dimensione istituzionale dello Stato, postulano una piena affermazione e una concreta tutela giuridica e costituzionale delle sue libertà, qualificandole precisamente come diritti "fondamentali" o "inviolabili" dell'uomo (cfr., ad esempio, l'art. 2 della Costituzione italiana).

Dotate di questo solido patrimonio valoriale che affonda le sue radici nei Testi evangelici, le comunità religiose cristiane appaiono essere state «le "levatrici sagge" che hanno veicolato – od hanno quanto meno contribuito notevolmente a veicolare – il passaggio non cruento dalle esperienze totalitarie o autoritarie alla democrazia. Ciò è avvenuto dapprima nell'Europa occidentale, alla caduta dei regimi nazi-fascisti; ciò è avvenuto più tardi, nell'Europa dell'Est, con la caduta dei regimi comunisti. In altre parole le Chiese hanno seguito, a partire dalla seconda metà del secolo scorso, molti processi di trasformazione dal totalitarismo alla democrazia, sospingendo verso modelli democratici dapprima i totalitarismi "di destra" e poi quelli "di sinistra"»[12].

Volendo formulare qualche esempio di incidenza religiosa nella sfera politica degli Stati, appare interessante segnalare che le Chiese cristiane ortodosse, all'interno dei processi di "riedificazione" civile e nazionale che hanno interessato particolarmente alcuni Stati dell'Europa orientale dopo la caduta dei relativi regimi comunisti, hanno esercitato una funzione particolarmente importante. Esse hanno messo a disposizione dei consociati il loro "patrimonio identitario" religioso, il quale ha contributo in maniera rilevante ad integrare, sotto il profilo valoriale, l'identità sostanziale di ogni comunità civile favorendone le relative ristrutturazioni sociali[13].

Accanto allo specifico contributo offerto dalla Chiese ortodosse orientali nei processi di democratizzazione dei Paesi ex-comunisti, giova segnalare che

---

religiosa. Il Modello Americano nell'Arena Globale, Il Mulino, Bologna, 2015, p. 21 ss.; Elizabeth A. Clark, *Neutrality, Public Space, and Discrimination by Religious Organizations in the United State*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1, 2018, p. 127 ss.; Giuseppe D'Angelo, *Libertà (e diritti) fondamentali, valore della Costituzione, conflitto tra poteri (e tra livelli di governo): evidenze problematiche dall'approccio della Corte Suprema statunitense al same sex marriage*, in *Diritto e Religioni*, 1, 2016, p. 122 ss.; Maria L. Lo Giacco, *La libertà religiosa dei detenuti nelle carceri degli Stati Uniti. Riflessioni a margine del caso Holt v. Hobbs*, in *Diritto e Religioni*, 1, 2016, p. 166 ss.

[12] Giuseppe Dalla Torre, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 127, il quale precisa che le confessioni religiose «hanno comunque contribuito – fatta qualche isolata eccezione – all'avvento e al consolidamento di quel clima di moderazione, che in molti casi ha evitato forme di violenza nel tormentato trapasso verso la democrazia di molti Stati; ma hanno anche favorito, per riflesso, l'evolversi delle relazioni internazionali e dei processi di integrazione sovranazionale verso modelli più consoni alle esigenze di giustizia e di pace».

[13] Cfr. Silvio Ferrari, Cole W. Durham, Elizabeth A. Sewell (a cura di), *Diritto e religione nell'Europa post-comunista*, Il Mulino, Bologna, 2004.

anche l'impegno "pubblico" e diretto di altre Chiese cristiane ha accompagnato in modo significativo la nascita e l'evoluzione in senso democratico di diversi sistemi politici "occidentali"; e, in vari modi, ha sollecitato alle istituzioni politiche di livello nazionale e internazionale la fondamentale esigenza di un'effettiva tutela giuridica dei diritti dell'uomo.

In tale direzione, occorre ricordare l'impegno profuso dalle Chiese riformate dal pensiero protestante, le quali, al fine di offrire un proprio originario contributo al processo di affermazione storica dei diritti fondamentali dell'uomo, si sono dimostrate particolarmente "sensibili" alle istanze sociali rivendicanti spazi di libertà nei confronti del potere costituito, soprattutto durante il 1900. Da questo punto di vista, «alla fine del secondo conflitto mondiale alcune Chiese protestanti affrontano per prime il tema generale dei diritti dell'uomo e in modo specifico il tema del diritto di libertà religiosa: un problema logicamente legato anche alla restaurazione della democrazia in alcuni Paesi europei, compresa l'Italia. Su questo importante tema il contributo del Protestantesimo più rappresentativo europeo va considerato fondamentale (ricordiamo il precedente di Edimburgo, 1910) con l'elaborazione di significativi documenti ricchi di argomentazioni, formulazioni e riferimenti biblici destinati ad influenzare la preparazione di strumenti internazionali, quali la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (1948) e più tardi i due Patti sui diritti civili e politici e sui diritti economici, sociali e culturali (1966)»[14].

Dai diversi esempi sopra riportati, risulta evidente, pertanto, la speciale funzione politica svolta dalle confessioni religiose nel mondo contemporaneo e il suo stretto rapporto con la sfera "pubblica" dello Stato. In particolare, nei confronti delle religioni «viene a poco a poco a dischiudersi una precisa funzione "politica": alimentare…di valori il corpo sociale ed offrire risposte alle domande di senso, quale pre-requisito della stessa democrazia, che presuppone un cittadino dalla raffinata sensibilità morale e con un profondo senso di responsabilità»[15].

L'esperienza dimostra, infatti, che la gran parte degli ordinamenti politici contemporanei non solo poggia su un impianto valoriale di natura giuridica e civile (di "civiltà giuridica") o tipicamente "temporale"; ma si fonda anche su un sostrato di valori etici o "etico-sociali" (comunque, sul piano genetico, di carattere extra-giuridico), che ne rappresentano particolare linfa vitale. Ne segue che la dimensione religiosa, in quanto – per sua stessa natura – fonte primaria di istanze assiologiche di tipo morale, si pone quale sorgente e fattore,

---

[14] Cfr. Giovanni Barberini (a cura di), *Chiese e diritti umani. Documenti relativi ai diritti della persona e delle comunità*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1991, p. 10.

[15] Giuseppe Dalla Torre, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, cit., p. 127.

essenziale e speciale, per la costruzione del tessuto etico del sistema politico: rappresentandone, nello stesso tempo, una delle radici più profonde, uno dei pilastri di fondazione che lo sostengono e lo identificano[16].

4. Dimensione giuridica dell'esperienza religiosa

Le ricadute giuridiche del fattore religioso nella sfera degli ordinamenti statali contemporanei sono numerose, sia in ragione della varietà dei comportamenti umani, personali e comunitari, ispirati da motivazioni di ordine religioso, sia in ragione della numerosità delle situazioni e delle relazioni esistenziali in cui la pratica religiosa comporta determinate ricadute sul piano del diritto. Per tale ragione, non appare possibile esaminare compiutamente i vari profili giuridici dell'esperienza religiosa in questa sede; dove, più limitatamente, si vuole evidenziare soltanto la rilevanza giuridica dei "diritti religiosi" nella vita di alcuni ordinamenti statali contemporanei.

Infatti, in alcuni casi, i "diritti confessionali" rappresentano "modello di riferimento" per la disciplina statuale di una serie di istituti giuridici secolari. In altri casi, i "diritti religiosi" sono considerati «fonti del diritto» statale ovvero hanno comunque rilevanza civile all'interno dell'ordinamento dello Stato.

In primo luogo, per quanto riguarda, in specie, il tema della funzione paradigmatica di norme di origine religiosa all'interno di alcuni ordinamenti civili "occidentali" contemporanei, l'esperienza giuridica intercorsa evidenzia, innanzitutto, che il diritto della Chiesa cattolica (il "diritto canonico") ha inciso – talvolta in modo significativo – nell'ambito di diversi sistemi politici statuali, fino ad arrivare ad influenzare, in determinate circostanze, la nascita o la struttura di determinati istituti giuridici "secolari", tanto afferenti all'area del diritto privato quanto inerenti al settore del diritto pubblico.

Ad esempio, casi di "civilizzazione" del diritto canonico, che si sono tradotti in una trasformazione o "conversione" di istituti tipicamente canonistici in istituti giuridici "secolari", sono riscontrabili nella sfera del diritto matrimoniale e del diritto di famiglia di molti ordinamenti statali europei. Infatti, la gran parte delle "figure matrimoniali" di tali ordinamenti politici risultano ispirate – sotto svariati aspetti formali e sostanziali – (anche) al modello matrimoniale

[16] Per un esame critico di alcune problematiche connesse al delicato rapporto esistente fra religioni e sistemi politici democratici contemporanei, cfr. particolarmente, Pierluigi Consorti, *Diritto e religione*, Laterza, Roma-Bari, 2010, p. 191 ss., spec. 194 ss.; e, con specifico riferimento anche al caso delle democrazie basate sulla laicità, cfr. Id., *Conflitti, mediazione e diritto interculturale*, University Press, Pisa, 2013, p. 231 ss., spec. 238.

canonico. Tale stretta connessione al diritto canonico appare evidente segnatamente in ordine ad alcuni aspetti inerenti alla struttura fisiologica dell'istituto matrimoniale (necessità dello "stato libero" e della diversità di genere dei nubendi per contrarre validamente le nozze, monogamia del modello matrimoniale, requisiti richiesti per esprimere un valido consenso nuziale, diritti e doveri reciproci dei coniugi, etc.); nonché, in ordine ad altri aspetti legati a eventuali patologie del patto coniugale (vizi del consenso, cause di scioglimento del rapporto nuziale come la c.d. "inconsumazione" sponsale, etc.).

Analogamente, per quanto riguarda l'area giuspubblicistica, ad esempio, il diritto costituzionale italiano si richiama a importanti principi che presentano evidenti radici o ascendenze canonistiche: come, a titolo indicativo, il principio maggioritario, il principio di solidarietà, il principio di sussidiarietà, il principio di laicità dello Stato basato sulla distinzione "dualistica" cristiana fra "Cesare e Dio", fra sfera civile e ordine confessionale. Ancora, si riscontrano evidenti tracce dell'influenza canonistica nel diritto penale italiano in relazione alla previsione di ipotesi delittuose, come i c.d. reati "religiosi" (contro le persone del ministri di culto ovvero contro le c.d. "*res sacrae*") ovvero come le figure di reato che possono riguardare non esclusivamente e solamente le persone fisiche (giusta la tradizione giuridica proveniente dal diritto romano), ma anche determinate tipologie di "persone giuridiche" (imputabilità di taluni reati finanziari a carico di organizzazioni criminali internazionali di stampo mafioso). Infine, in relazione al diritto internazionale, sembra esistere un sostanziale collegamento fra il principio di effettività vigente in seno alla Comunità internazionale contemporanea e il tradizionale principio della elasticità del diritto canonico (derivante dai valori fondamentali della "grazia" e della "tolleranza", sintetizzabili nel brocardo "*tolerari potest*"[17]).

In secondo luogo, all'interno di alcuni ordinamenti politici contemporanei, determinati "diritti confessionali" sono considerati «fonte» interna (e diretta) del diritto dello Stato.

In questi casi – in forza di espresse disposizioni normative – un determinato "diritto religioso" è riconosciuto ufficialmente come «fonte» formale dell'ordinamento positivo statale ed entra a comporre e ad integrare, insieme agli altri e diversi atti-fonte prodotti sostanzialmente da organi statuali, il complessivo sistema delle «fonti del diritto» di quello Stato. Si tratta di quelle fattispecie in cui un particolare "diritto confessionale" non viene considerato fonte normativa esterna (o "straniera") che viene richiamata attraverso appositi meccanismi tecnici di rinvio da parte del legislatore dello Stato (di deriva-

[17] Cfr., in tema, il classico (di recentissima riedizione) di Nicolaus Nilles, *Tolerari Potest. De Juridico Valore Decreti Tolerantiae Commentarius*, Forgotten Books, London, 2019.

zione internazionalprivatistica: rinvio formale, rinvio materiale, presupposizione), ma viene considerato, più esattamente, come «fonte giuridica» interna, organicamente incorporata nelle maglie del tessuto ordinamentale statale.

In questi casi le norme religiose prese in considerazione non sono qualificate come meri "fatti" giuridici (alla stregua di "fonti-fatto"), che possono (in ipotesi) produrre effetti giuridici in Italia solo e soltanto nei casi in cui ciò sia determinato dalla "volontà" del legislatore civile (espressione della sovranità politica dello Stato), il quale ad esse faccia rinvio mediante i meccanismi di collegamento previsti dal diritto internazionale privato. Diversamente, in tali casi, la «fonte confessionale» – per esplicito disposto normativo statuale – integra direttamente il corpo del sistema delle fonti del diritto di quel determinato Stato, pur presentando essenza, natura giuridica e provenienza diversa rispetto alle altre «fonti formali» (prodotte direttamente dal legislatore civile) integrative del diritto statuale.

Limitando in questa sede la trattazione ai soli casi di alcuni "ordinamenti confessionali" non-cristiani, presenta questa particolarità, innanzitutto, il diritto della religione ebraica.

Il diritto ebraico è considerato rilevante «fonte del diritto», precisamente, nell'ambito dello Stato di Israele[18]. Tale specifica qualificazione sistematica del diritto ebraico all'interno della Repubblica di Israele sembra derivare essenzialmente dal fatto che l'ordinamento israeliano riserva una "posizione ordinamentale" del tutto speciale alla religione ebraica, in quanto essa costituisce tuttora, anche sul piano giuridico, uno dei pilastri strutturali ed essenziali – di fondazione – dello Stato stesso[19].

---

[18] Cfr. Giammaria Milani, *Storia e diritto in Israele. Dalle leggi fondamentali alla definizione del popolo israeliano*, in *Ianus*, 9, 2013, p. 65 ss.; Alfredo Mordechai Rabello, *Costituzione e fonti del diritto*, in Tania Groppi, Emanuele Ottolenghi, Alfredo Mordechai Rabello, *Il sistema costituzionale dello Stato di Israele*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 55 ss.

[19] Cfr. Silvio Ferrari, *Lo spirito dei diritti religiosi. Ebraismo, Islam e Induismo a confronto*, Il Mulino, Bologna, 2002, p. 53 ss.; Livia Saporito, *La fatale attrazione tra diritto sacro e diritto secolare nel modello israeliano: la giurisdizione dei tribunali rabbinici in materia di matrimonio e divorzio*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*. *R*ivista telematica (*www.statoechiese.it*), n. 9/2018, p. 15 ss., secondo la quale «la riserva di giurisdizione a favore dei tribunali rabbinici in materia di matrimonio e divorzio costituisce un chiaro esempio di incorporazione "diretta" del diritto ebraico nel sistema giuridico israeliano, poiché è il diritto statuale a fare espresso richiamo alla Halachá. Di là dalla materia dello statuto personale, la recezione della legge mosaica passa attraverso specifici atti legislativi emanati dalla Knesset – si pensi ai divieti di circolazione dei trasporti pubblici nei giorni festivi o alle rigorose prescrizioni alimentari del regime kosher – nonché attraverso atti amministrativi, soggetti comunque al controllo del Parlamento in ordine alle motivazioni che ne sono a fondamento. In altri termini, nell'ordinamento israeliano, il diritto ebraico viene applicato come diritto dello Stato se e in quanto recepito per via legislativa dalla *Knesset*, e nei limiti di questa recezione, o, in alternativa, per effetto del rinvio, come nel caso del diritto matrimoniale, alla giurisdizione esclusiva delle corti rabbiniche. In altri ambiti del diritto civile, l'influenza del fattore religioso è indiretta, ma non

Altro esempio di «fonte religiosa» del diritto statale è rappresentato dal caso del diritto islamico. Infatti, la storia e la vita contemporanea di molti Stati afferenti all'area geo-politica musulmana testimoniano la perdurante presenza del diritto islamico fra le «fonti giuridiche» dei relativi ordinamenti statali.

Sotto questo specifico profilo, in alcuni ordinamenti statali è fissato il principio formale secondo cui la legislazione civile deve necessariamente uniformarsi alle Leggi e alle Tradizioni islamiche (es., Afganistan, Egitto, Libia, Maldives, Pakistan, Somalia). Le Leggi Sacre dell'Islam, in tal modo, assumono, nella scala gerarchica delle «fonti del diritto» dello Stato, livello normativo "super-costituzionale" e costituiscono limite invalicabile nei confronti del legislatore positivo statale[20].

Ancora, diversi ordinamenti politici dell'area arabo-musulmana (con l'eccezione dell'Algeria, del Marocco e della Tunisia) qualificano la *shari'ah* come la «fonte» ovvero come una delle «fonti» del diritto statale, con la conseguenza che la disciplina di alcune "materie" risulta sostanzialmente rimessa al "diritto religioso"[21].

---

per questo meno significativa. Ciò avviene allorquando il legislatore o il giudice utilizzino termini e formule tradizionali o aderiscano, più o meno consapevolmente, a modelli giuridici ebraici (cd. incorporazione "per riferimento"). Nel primo caso, l'identità linguistica gioca un ruolo determinante, poiché è evidente che il comune idioma favorisce il "trapianto" di istituti religiosi all'interno del diritto statuale, pur se taluni contestano una interpretazione eccessivamente laica di detti termini, non fedele cioè al loro originario significato. Nel secondo caso, è la mentalità del giurista a conformare le soluzioni dell'interprete, naturalmente proiettato, per ragioni diremmo congenite, verso soluzioni operative ricalcate sul diritto halachico, intimamente (e, forse, inconsciamente) considerato un modello da imitare. Per tal via, si spiegherebbe anche la tendenza a "ebraicizzare" regole e istituti presi a prestito dalle esperienze giuridiche straniere».

[20] Per un'analisi del rapporto tra diritto islamico e ordinamenti statuali afferenti alla sfera politica e religiosa musulmana, cfr., fra gli altri, Abdullahi Ahmed An-na'im, *Riformare l'Islam. Libertà civili, diritti umani e diritto internazionale*, Laterza, Roma-Bari, 2011, p. 51 ss., e p. 99 ss.; Abdelfattah Amor, *Costituzione e religione negli Stati musulmani* (I). *Lo Stato musulmano*, in *Coscienza e libertà*, 29, 1997, p. 57 ss.; Id., *Costituzione e religione negli Stati musulmani* (II). *La natura dello Stato*, *ivi*, 30, 1998, p. 74 ss.; Id., *Costituzione e religione negli Stati musulmani* (III). *La legislazione dello Stato e la politica dello Stato*, *ivi*, 31, 1998, p. 49 ss.; Id., *Costituzione e religione negli Stati musulmani* (IV). *La condizione dell'individuo*, *ivi*, 32, 1999, p. 48 ss.; Aboudou Assouma, *La libertà religiosa. Una prospettiva musulmana*, in *Coscienza e libertà*, 19, 1992, p. 101 ss.; Gaetano Dammacco, *Diritti umani e fattore religioso nel sistema multiculturale euromediterraneo*, Cacucci, Bari, 2000, p. 169 ss.; Fabio Franceschi, *La libertà religiosa nei Paesi islamici dell'Africa mediterranea fra democrazia, secolarizzazione e sharì'a*, in Maria Irene Papa, Giuseppe Pascale, Mario Gervasi (a cura di), *La tutela internazionale della libertà religiosa: problemi e prospettive*, cit., p. 285 ss., spec. 294 ss.; Alberto Predieri, *Shari'a e Costituzione*, Laterza, Roma-Bari, 2006, p. 171 ss.; Robert Traer, *Il sostegno dei musulmani ai diritti fondamentali dell'uomo*, in *Coscienza e libertà*, 23, 1994, p. 11 ss. Ancora, per una articolata trattazione del profilo tematico, cfr. altresì i diversi contributi contenuti in Francesco Alicino, Federica Botti (a cura di), *I diritti cultural-religiosi dall'Africa all'Europa*, Giappichelli, Torino, 2012; e in Alessandro Ferrari (a cura di), *Diritto e religione nell'Islam mediterraneo. Rapporti nazionali sulla salvaguardia della libertà religiosa: un paradigma alternativo?*, Il Mulino, Bologna, 2012.

[21] Sul punto, cfr. le puntualizzazioni di Fabio Franceschi, *La libertà religiosa nei Paesi islamici*

In questi casi, le eventuali controversie giudiziarie vertenti su queste stesse "materie", generalmente, non vengono più trattate dalle tradizionali giurisdizioni musulmane, che hanno ormai cessato di esistere nella quasi totalità dei Paesi islamici (eccezione: l'Iran), ma dai comuni giudici civili. Con la conseguenza che i tribunali interessati sono chiamati ad applicare, a seconda delle circostanze, il diritto secolare "moderno" ovvero quello tradizionale religioso musulmano.

In conclusione, alcune norme dei sistemi giuridici religiosi, rispettivamente, ebraico ed islamico, essendo qualificate come «fonti normative» interne, hanno efficacia civile diretta nella sfera di determinati ordinamenti statali, e – per tale ragione – possono ricevere applicazione giuridica diretta anche in sede giurisdizionale nazionale.

---

dell'Africa mediterranea fra democrazia, secolarizzazione e sharì'a, cit., pp. 296-297, secondo cui «il richiamo alla *sharî'a* come fonte ufficiale del diritto assume diverso rilievo all'interno delle singole realtà statuali considerate, dovendo lo stesso essere contestualizzato e concretamente applicato "alla luce degli imperativi politici e sociali che lo sottendono". Nessuno degli Stati dell'Africa mediterranea basa il proprio sistema giuridico integralmente sulla *sharî'a*. Piuttosto, trovano applicazione, in misura variabile da Stato a Stato, codici misti di diritto positivo (ove non mancano influenze di matrice occidentale) e diritto religioso, prevalentemente adottato in materia di diritto di famiglia. Il che, in termini generali, pone il problema, comune a tutti gli Stati islamici, di come conciliare diritto positivo e diritto meta-positivo; della ricerca, in altri termini, di un (difficile) equilibrio fra norme umane e norme religiose (ossia fra diritto statuale e disposizioni sharaitiche). Tuttavia, anche laddove la *sharî'a* è richiamata espressamente tra le fonti del diritto, la distinzione di ruoli tra legge islamica e legge civile – la quale, sul piano storico, costituisce un portato del processo di costruzione dei moderni Stati nazione, fondati su base territoriale, del secolo scorso – resta un punto fermo nella vita della società, nell'economia, nella cultura e nella stessa giurisprudenza di tutti i Paesi considerati, all'interno dei quali i principi di cittadinanza e nazionalità prevalgono sempre su quello di sudditanza a base religiosa (senza, peraltro, che da ciò discenda una piena equiparazione sul piano giuridico fra tutti i cittadini)».

Riassunto

Il presente lavoro intende evidenziare che, nel corso della storia, il fattore religioso ha influenzato in modo profondo le dinamiche di alcuni ordinamenti giuridici statuali, incidendo nelle loro rispettive vicende interne, anche attraverso forme, strumenti e modalità differenti nello spazio e nel tempo.

La ricerca si propone di analizzare tale realtà ponendo in luce che il fenomeno religioso attraversa la "dimensione pubblica" e riveste conseguentemente rilevanza pubblica nel mondo contemporaneo sotto tre aspetti differenti: sociale, politico e giuridico.

Il contributo intende pertanto sottolineare che la rilevante "funzione pubblica" svolta dalle istituzioni religiose – incidente, insieme, nella sfera sociale, politica e giuridica degli Stati – ha caratterizzato, in diversi casi e circostanze, i modi di esercizio del potere politico e della stessa sovranità dello Stato.

Parole chiave

Religione; Stato; Sovranità

Abstract

This work aims to highlight that, throughout history, the religious factor has profoundly influenced the dynamics of some state legal systems, affecting their respective internal events, also through different forms, tools and methods in space and time.

The research aims to analyze this reality by highlighting that the religious phenomenon crosses the "public dimension" and consequently has public relevance in the contemporary world under three different aspects: social, political and legal.

The contribution therefore intends to underline that the relevant "public function" carried out by religious institutions – an accident, together, in the social, political and juridical sphere of States – characterized, in different cases and circumstances, the ways of exercising political power and of the same sovereignty of the state.

Key words

Religion; State; Sovereignty

Living together *con il velo islamico: il dissenso tra Corte europea dei diritti dell'uomo e Comitato ONU per i diritti umani*

Rita Mazza

Sommario: *1. Premessa – 2. Evoluzione delle misure limitative dell'uso del velo islamico…. – 3. …e delle motivazioni utilizzate a difesa della loro legittimità – 4. Alla base del* living together*: pluralismo e tolleranza – 5. La divergenza tra Corte e Comitato sul velo islamico integrale alla luce del concetto di* living together *– 6. I limiti dell'argomentazione basata sul concetto di* living together*: il collegamento con l'eccezione della protezione dei diritti altrui – 7. Segue: il contenuto del concetto di* living together *– 8. Segue: la necessità e la proporzionalità della misura restrittiva.*

1. Premessa

Il concetto di *living together*, invocato da Francia e Belgio a sostegno della legittimità delle rispettive leggi interne sul divieto generale di indossare indumenti che celano il volto, come il velo islamico integrale[1], mentre è stato accolto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (da ora Corte) come valida giustificazione di una misura statale che si risolve in una limitazione del *forum externum* della libertà di religione[2], non ha invece convinto il Comitato ONU per i diritti umani (da ora Comitato) che ha di recente "condannato" la Francia in due casi gemelli promossi da donne mussulmane abituali portatrici del velo integrale[3].

---

[1] Tra i vari tipi di velo islamico solo il *burka* e il *niqab* coprono anche il volto, completamente nel primo caso e con gli occhi liberi nel secondo caso; mentre *hijab*, *chador* e *shayla* sono veli che lasciano il volto scoperto, in https://www.focus.it/cultura/curiosita/hijab-niqab-e-burka-le-differenze-trai-veli-delle-donne-musulmane?gimg=83652#img83652. Sul significato del velo nell'Islam, cfr. Renata Pepicelli, *Il velo nell'Islam. Storia, politica, estetica*, Carocci, Roma, 2012; Nisar Mohammad bin Ahmad, *The Islamic and International Human Rights Law Perspectives of Headscarf: the Case of Europe*, in *International Journal of Business and Social Science*, 16, 2011, p. 161 ss.

[2] V. ECtHR, *sentenza* 1 luglio 2014, *S.A.S. v. France, Grande Camera*; sentenza 11 luglio 2017, *Dakir v. Belgium*; sentenza 11 luglio 2017, *Belcacemi and Oussar v. Belgium*.

[3] V. *parere* del Comitato ONU per i diritti umani, CCPR/C/123/D/2807/2016, *Miriana Hebbadj*

La decisione del Comitato fa da contrappeso alla prassi della Corte orientata a legittimare i limiti all'uso del velo islamico previsti da alcuni Stati del Consiglio d'Europa che, chiamati a risponderne davanti alla Corte stessa per presunte violazioni delle disposizioni sulla libertà di religione contenute nella Convenzione europea sui diritti umani (da ora Convenzione/CEDU), hanno difeso la propria condotta avvalendosi talvolta delle eccezioni esplicitamente previste in materia di libertà di religione e talaltra di principi e di concetti solo indirettamente ricavati dalle previsioni convenzionali. In verità, nella prassi sul divieto del velo islamico[4] si registra una progressione sia nelle misure statali restrittive sia nelle motivazioni alla base delle stesse. Infatti, i primi casi hanno riguardato il divieto del velo islamico in determinati luoghi – scuola[5], posto di lavoro[6]; da parte di specifiche persone – insegnanti[7], studenti[8], dipendenti pubblici[9]; in occasioni circostanziate – particolari esigenze di sicurezza e di identificazione[10] – e il divieto è stato giustificato con le tradizionali eccezioni della sicurezza e dell'ordine pubblico, nonché con l'esigenza di garantire il principio di laicità che essenzialmente regola i rapporti tra Stato e confessioni religiose.

Da ultimo, per un verso non si tratta più di limitazioni circoscritte ma di divieto assoluto di indossare il velo islamico integrale in tutti i luoghi pubblici e, per l'altro, entra in campo l'inedito concetto del *living together*, aprendo uno

---

v. France, 17 ottobre 2018; CCPR/C/123/D/2747/2016, *Sonia Yaker v. France*, 7 dicembre 2018.

[4] V. in particolare ECtHR, decisione 3 maggio 1993, *Senay Karaduman v. Turkey*; decisione 15 febbraio 2001, *Lucia Dahlab v. Switzerland*; sentenza 10 novembre 2005, *Leyla Şahin v. Turkey*; decisione 24 gennaio 2006, *Kurtulmus v. Turkey*; decisione 24 gennaio 2006, *Kose and 93 Others v. Turkey*; decisione 4 marzo 2008, *El Morsli v. France*; sentenza 4 dicembre 2008, *Dogru v. France and Kervanci v. France*; decisione 30 giugno 2009, *Aktas v. France*; decisione 30 giugno 2009, *Bayrak c. France*; decisione 30 giugno 2009, *Gamaleddyn c. France*; sentenza 15 gennaio 2013, *Eweida and Chaplin v. the United Kindgom*; sentenza *S.A.S.*, cit.; sentenza 26 novembre 2015, *Ebrahimian v. France*; sentenza *Belcacemi and Oussar*, cit.; sentenza *Dakir*, cit.; sentenza 10 gennaio 2017, *Osmanoğlu and Kocabaş v. Switzerland*; sentenza 18 settembre 2018, *Lachiri v. Belgium*. In dottrina, tra gli altri cfr. Alessandro Ferrari, Sabrina Pastorelli (eds.), *The Burqa Affair Across Europe. Between Public and Private Space*, Routledge, London, 2013 che offrono una panoramica sulla "questione del velo" negli Stati europei dove il tema è particolarmente dibattuto sul piano politico e normativo.

[5] V. caso *Karaduman*, cit.; caso *Dahlab*, cit.; caso *Sahin*, cit.; caso *Kurtulmus*, cit.; caso *Kose*, cit.; caso *Dogru*, cit.; caso *Aktas*, cit.; caso *Osmanoğlu*, cit.

[6] V. caso *Ebrahimian*, cit. Per un commento sulla sentenza cfr. Marina Castellaneta, *Vietare ai dipendenti pubblici di indossare il velo islamico durante l'attività lavorativa è conforme alla Convenzione*, *Guida al Diritto-Il Sole 24 Ore*, 2/9 gennaio 2016, p. 96 ss.

[7] V. caso *Dahlab*, cit.; caso *Kurtulmus*, cit.

[8] V. caso *Karaduman*, cit.; caso *Sahin*, cit.; caso *Kose*, cit., caso *Dogru*, cit., caso *Aktas*, cit.; caso *Osmanoğlu*, cit.

[9] V. caso *Ebrahimian*, cit.

[10] V. caso *El Morsli*, cit.; caso *Lachiri*, cit.

scenario dai contorni nebulosi data l'ampiezza del divieto ed il contenuto più politico che giuridico del nuovo concetto invocato. Ne deriva una compressione sempre maggiore del diritto alla libertà di religione garantito nel sistema ONU e nel sistema CEDU in termini sostanzialmente equiparabili[11] in nome di un preteso diritto alla socializzazione[12] secondo i tratti tipici di uno specifico contesto nazionale. Se con il caso *S.A.S.*[13], quando la Francia ha inaugurato la linea difensiva basata sul concetto del *living together*, i termini del ragionamento della Corte potevano far ritenere che le conclusioni raggiunte fossero strettamente legate al caso di specie, senza o quantomeno con scarsissime probabilità di una loro estensione ad altri contesti[14], i recenti casi *Belcacemi* e *Dakir*[15] hanno chiaramente smentito tale deduzione, avendo il Belgio, in qualità di Stato convenuto, richiamato lo stesso concetto di *living together* e avendo la Corte mantenuto la stessa posizione del precedente caso *S.A.S.*

Il tentativo di superare i limiti posti dalle norme internazionali in materia di libertà di religione attraverso il richiamo al *living together*, che sarebbe ostacolato dall'occultamento del volto con il velo integrale, ha determinato un dissenso pieno tra la Corte ed il Comitato anche se sia l'una che l'altro hanno

---

[11] L'art. 18 del Patto così recita: «1. 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 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. 2. Nessuno può essere assoggettato a costrizioni che possano menomare la sua libertà di avere o adottare una religione o un credo di sua scelta. 3. 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. 4. Gli Stati parti del presente Patto si impegnano a rispettare la libertà dei genitori e, ove del caso, dei tutori legali, di curare l'educazione religiosa e morale dei figli in conformità alle proprie convinzioni». L'art. 9 CEDU così recita: «1. Ogni persona ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione; tale diritto include la libertà di cambiare religione o credo, così come la libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo individualmente o collettivamente, in pubblico o in privato, mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti. 2. La libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono stabilite dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla pubblica sicurezza, alla protezione dell'ordine, della salute o della morale pubblica, o alla protezione dei diritti e della libertà altrui».

[12] In tale direzione va chiaramente la sentenza *S.A.S.*, cit., parr. 121, 140, 157.

[13] V. *supra* nota 2.

[14] Cfr. Shelby Wade, *"Living Together" or Living Apart from Religious Freedoms? The European Court of Human Right's Concept of "Living Together" and Its Impact on Religious Freedom*, in *Case Western Reserve Journal of International Law*, 50, 1, 2018, p. 430; Alexandria Weller, *The Future of "Living Together": An Analysis of the European Court of Human Right's S.A.S. v. France*, in *N.C.J. International Law Forum*, 2016, p. 134 ss.; Angelo Licastro, *I mille splendidi volti della giurisprudenza della Corte di Strasburgo: "guardarsi in faccia" è condizione minima del "vivere insieme"*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*. Rivista telematica (www.statoechiese.it), settembre 2014, p. 5.

[15] V. *supra* nota 2.

fornito scarsi elementi circa la portata applicativa della "nuova" eccezione alla libera manifestazione del proprio credo religioso; di conseguenza restano ampi i margini dell'azione statale, con effetti seri soprattutto là dove si intendesse seguire la linea che *la tolleranza non può essere estesa agli intolleranti*[16] sullo sfondo della contrapposizione stereotipata tra secolarismo tollerante e Islam intollerante[17].

L'intervento in materia da parte del Comitato nei casi *Hebbadj* e *Yaker*[18] assume rilievo nella misura in cui esso basa le sue conclusioni su argomentazioni che corrispondono ad alcuni punti critici della giurisprudenza CEDU, oggetto di approfondimento in questo lavoro. L'analisi che segue, nell'evidenziare la contrapposizione tra Corte e Comitato e l'ambiguità, sotto il profilo giuridico, del concetto di *living together*, intende ragionare sulla asserita incompatibilità del velo islamico integrale con l'esigenza di vivere in uno spazio di socializzazione insita in una società democratica e pluralistica, e sulla conseguente validità del divieto imposto alle donne islamiche. A tal fine, dopo una sintetica ricostruzione della prassi più risalente per rilevare l'evoluzione delle restrizioni statali all'uso del velo islamico e delle eccezioni fatte valere a giustificazione delle stesse, la presente indagine si sofferma sui concetti di tolleranza e pluralismo che sono i cardini dell'argomentazione basata sul *living together*, e si volge poi ad una lettura critica dell'impostazione argomentativa adottata nei casi presentati davanti alla Corte e al Comitato, da cui emergeranno i punti deboli del ragionamento delle parti in causa ed il rilievo assunto da taluni elementi extragiuridici che confluiscono nella difficoltà di riconoscere la diversità religiosa e culturale, rappresentativi dell'aspetto anche politico della questione[19].

---

[16] Cfr. Anna Elisabetta Galeotti, *Toleration as Recognition*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, p. 128.

[17] Cfr. Carolyn Evans, *op. cit.*, pp. 69 e 71.

[18] V. *supra* nota 3.

[19] Sul carattere politico delle sentenze in materia di simboli religiosi, v. Willie Mack, *The Islamic Veils: American Perspectives*, in Erik Baldwin et al. (eds.), *The Burqa Ban: Legal Precursors for Denmark, American Experiences and Experiments, and Philosophical and Critical Examinations*, in *International Studies Journal*, 15, 2018, p. 168; Massimo Starita, *La sentenza della Grande Camera della Corte europea dei diritti umani nel caso S.A.S. c. Francia: una sentenza-monito ma di che tipo?*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2015, p. 121 ss.; *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo* a cura di Sergio Bartole, Pasquale De Sena, Valdimiro Zagrebelsky, *Commento all'art. 9*, Cedam, Padova, 2012, p. 381; Antonietta Di Blase, *I riferimenti alla laicità dello Stato nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sul velo islamico: la sentenza sul caso Leyla Sahin*, in vol. Stefano Canestrari (a cura di), *Laicità e diritto*, Bononia University Press, Bologna, 2007, p. 139; Silvia Angeletti, *"Vivre ensamble" con il velo integrale? Religione e spazio pubblico di fronte ai giudici di Strasburgo*, p. 5, in *www.diritti-cedu.unipg.it*. Il carattere politico delle questioni relative ai simboli religiosi viene chiaramente sottolineato da Benedetto Conforti

Nella consapevolezza che il diritto alla libertà di religione interseca altri diritti e libertà fondamentali talvolta entrando in conflitto con essi – come nel caso della libertà di espressione, del diritto all'istruzione, del diritto alla vita privata – talaltra influenzando positivamente l'affermarsi di principi fondamentali per l'esercizio dei diritti garantiti – si pensi alla radice cristiana del principio di non discriminazione[20], interessa qui stabilire fino a che punto l'interazione personale, ritenuta essenziale ai fini del *living together*, sia un diritto e se possa rientrare nel grande contenitore "dei diritti altrui" la cui protezione può limitare la libertà di religione ai sensi dell'art. 9.2 CEDU e dell'art. 18.3 del Patto sui diritti civili e politici (da ora Patto). La riflessione sui valori invocati a difesa del *living together* ha l'obiettivo di dimostrare la vulnerabilità di un concetto dai contorni poco definiti e di prospettare una visione dove l'uso del velo integrale trova supporto più che contrasto proprio in quei valori.

Nella dialettica tra dati giuridici e dati politici e tra diritti concreti, qual è il diritto alla libertà di religione, e principi astratti, quale appare il concetto di *living together*[21], il pericolo che vale la pena evidenziare sin da ora è la connotazione fondamentalista che, attraverso divieti troppo stringenti – come nel caso della proibizione assoluta dell'uso del velo islamico integrale – paradossalmente rischiano di assumere certe politiche nazionali che, ispirate alla tutela dei principi fondanti del proprio sistema giuridico, dichiarano, tra l'altro, l'intento di contrastare proprio il fondamentalismo proveniente da altre culture[22].

2. *Evoluzione delle misure limitative dell'uso del velo islamico …*

Tra i simboli religiosi il velo islamico è quello che più frequentemente ha impegnato la Corte dando vita ad una prassi giurisprudenziale pluridecennale da cui emerge, anche solo da una sua ricostruzione essenziale, che le limitazioni statali al porto del velo islamico sono in incremento.

(*Crocifisso nelle scuole, una sentenza che lascia perplessi*, in *Affari internazionali*, 24 marzo 2011, in *www.affarinternazionali.it/2011/03/crocifisso-nelle-scuole-una-sentenza-che-lascia-perplessi*) che nel commentare la sentenza *Lautsi* afferma: «[…] si ha l'impressione che in questa sentenza la Corte abbia prima deciso quale soluzione dare alla questione sottopostale e poi trovato la motivazione».

[20] Cfr. Claudio Zanghì, Lina Panella, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 4.

[21] Cfr. Anna Elisabetta Galeotti, *op. cit.*, p. 125; Angelo Licastro, *op. cit.*, p. 31. V. anche opinione dissidente del giudice Nussberger nella sent. *S.A.S.*, cit., p. 61.

[22] Cfr. Mauro Gatti, *Laicità e simboli religiosi*, in Pietro Manzini, Andrea Lollini (a cura di), *Diritti fondamentali in Europa. Un case book*, Il Mulino, Bologna, 2015, p. 113.

Un settore particolarmente interessato dal tema dei simboli religiosi è quello della scuola in senso ampio, riferito sia agli studenti sia ai docenti sia al luogo dove si svolgono le lezioni.

Già la Commissione europea dei diritti umani nel 1993 si era occupata del caso *Karaduman*[23], sollevato da una cittadina turca, laureata presso l'università di Ankara, che si era vista negare un certificato di laurea in quanto la fotografia prodotta al momento della richiesta di detto certificato la ritraeva con indosso il velo in contrasto con le regole universitarie e con una circolare nazionale.

Sempre una studentessa universitaria turca è la protagonista del noto caso *Leyla Sahin*[24], costretta a lasciare il proprio Paese e a trasferirsi in Austria per continuare gli studi poiché l'università di Istanbul dove era iscritta le negava la possibilità di frequentare i corsi e sostenere gli esami con il capo coperto dal velo. Lo stesso divieto di indossare il velo ha riguardato altresì studentesse di scuola superiore, impedite a frequentare la scuola[25] o espulse dalla scuola perché rifiutavano di togliere il velo durante le lezioni di educazione fisica[26] o di nuoto[27]. In altri casi sono le docenti ad essere interessate da restrizioni analoghe nell'esercizio delle loro funzioni, come per una cittadina svizzera convertita all'Islam, insegnante in una scuola primaria[28], e per una cittadina turca di fede mussulmana, professoressa universitaria a Istanbul[29]. A proposito di simboli religiosi a scuola, per completezza va ricordato, anche se esula dall'economia del presente lavoro, il ben noto caso *Lautsi* che con una vasta eco ha posto la questione della esposizione del crocefisso nelle aule scolastiche[30].

---

[23] V. caso *Karaduman*, cit. Fatti analoghi al caso *Karaduman* sono quelli del caso *Lamiye Bulut c. Turquie*, decisione 3 maggio 1993 e del caso *Emine Araç v. Turkey*, sentenza 23 settembre 2008.

[24] V. caso *Leyla Sahin*, cit.

[25] V. caso *Kose*, cit.; caso *Aktas*, cit.

[26] V. caso *Dogru*, cit.

[27] V. caso *Osmanoğlu*, cit.

[28] V. caso *Dahlab*, cit.

[29] V. caso *Kurtulmus*, cit.

[30] V. ECtHR, sentenza 18 marzo 2011, *Lautsi e altri c. Italia*, Grande Camera. Per commenti sul caso, si rinvia alla vasta bibliografia, tra cui v. Giulia Ciliberto, Fulvio Maria Palombino, *L'esposizione dei simboli religiosi*, in vol. Maria Irene Papa, Giuseppe Pascale, Mario Gervasi (a cura di), *La tutela internazionale della libertà religiosa: problemi e prospettive*, Jovene, Napoli, 2019, p. 263 ss.; Paolo Cavana, *I simboli religiosi nello spazio pubblico nella recente esperienza europea*, in *Stato Chiese e pluralismo confessionale*. Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), ottobre 2012; Gemma Andreone, *L'identità culturale di un popolo appesa ai muri della scuola. In margine alla sentenza della Grande Camera nel caso* Lautsi, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011, p. 572 ss.; Maria Gabriella Belgiorno del Stefano, *Il crocifisso nelle aule scolastiche in Italia. Una condanna revocata, ma condizionata, dalla Corte Europea dei Diritti Umani*, in *Stato Chiese e pluralismo confessionale*. Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), marzo 2011; Benedetto Conforti,

Misure restrittive hanno colpito le donne con il velo anche in luoghi diversi dalla scuola, come gli ospedali, dove ad una assistente sociale non è stato rinnovato il contratto di impiego a causa del suo rifiuto di smettere di indossare il velo[31], ed i tribunali, dove una donna, costituitasi parte civile in un processo, è stata esclusa dall'aula in quanto non aveva ottemperato alla richiesta di togliere il proprio *hijab*[32].

Il velo islamico, inoltre, ha rappresentato un problema in specifiche circostanze collegate ad esigenze di sicurezza ed identificazione, come nel caso della signora El Morsli[33], cittadina marocchina coniugata con un uomo francese, cui è stato negato il visto di ingresso in Francia in quanto si era rifiutata di togliere il velo al controllo presso il consolato francese a Marrakech[34].

Se quelli citati finora sono casi scaturiti da misure statali restrittive dell'uso del velo islamico da parte di soggetti specifici e in situazioni particolari, la più recente prassi della Corte presenta casi relativi al divieto generale ed

---

op. cit.; Fulvio Maria Palombino, *La decisione della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso* Lautsi: *un uso incongruo della nozione di «simbolo passivo»*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2011, p. 463 ss.; Rosario Sapienza, *La Grande Camera della Corte europea e la questione del Crocifisso nelle aule scolastiche*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011, p. 564 ss.; Angelo Schillaci, *L'ultima sentenza Lautsi: margine di apprezzamento, principio maggioritario e libertà di coscienza*, in *diritticomparati.it*, marzo 2011; Marcello Toscano, *La sentenza Lautsi e altri c. Italia della Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*. Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), ottobre 2011; Vincenzo Turchi, *La pronuncia della* Grande Chambre *della Corte di Strasburgo sul caso* Lautsi *C.* Italia*:* post nubila Phoebus, in *Stato Chiese e pluralismo confessionale*. Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), ottobre 2011; Pasquale Annichino, *Is the glass half empty or half full? Lautsi v. Italy before the European Court of Human Rights*, in *Stato Chiese e pluralismo confessionale*. Rivista telematica (www.statoechiese.it), maggio 2010; Sergio Bartole, *Simbolo religioso, simbolo passivo, simbolo civile: le metamorfosi forensi del Crocifisso*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, p. 65 ss.; Nicola Colaianni, *Il crocifisso in giro per l'Europa: da Roma a Strasburgo (e ritorno)*, in *Stato Chiese e pluralismo confessionale*. Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), novembre 2010; Monica Lugato, *Simboli religiosi e Corte europea dei diritti dell'uomo: il caso del crocifisso*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2010, p. 402 ss.; Fulvio Maria Palombino, *Laicità dello Stato ed esposizione del crocifisso nella sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso* Lautsi, in *Rivista di diritto internazionale*, 2010, p. 134 ss.; Rosario Sapienza, *Il crocifisso nelle aule scolastiche italiane: una questione ancora aperta*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, p. 75 ss.; Angela Scerbo, *Simboli religiosi e laicità a partire dal caso Lautsi v. Italy*, in *Stato Chiese e pluralismo confessionale*. Rivista telematica (www.statoechiese.it), novembre 2010; Marina Castellaneta, *Il crocifisso esposto nelle scuole pubbliche viola la libertà di scegliere l'educazione dei figl*i, Guida al Diritto – Il sole 24 Ore, 48/5 dicembre 2009; Natalino Ronzitti, *La sentenza sul crocifisso: verso un effetto domino?*, in *Affari internazionali*, 2009, in: *www.affarinternazionali.it/2009/11/la-sentenza-sul-crocifisso-verso-un-effetto-domino*.

[31] V. caso *Ebrahimian*, cit.

[32] V. caso *Lachiri*, cit. V. anche ECtHR decisione 26 aprile 2016, *Barik Edidi v. Spagna* e, in riferimento ad altri simboli religiosi, sentenza 5 dicembre 2017, *Hamidović v. Bosnia Herzegovina*.

[33] V. caso *El Morsli*, cit.

[34] In riferimento ad altri simboli religiosi, cfr. ECtHR, decisione 11 gennaio 2005, *Phull v. France*.

assoluto di indossare il velo integrale[35], a prescindere quindi dal ruolo della persona che lo indossa e dalla natura della funzione svolta, ovvero qualunque persona; o dal carattere del luogo dove si svolge il fatto, ovvero qualunque luogo pubblico, facendo registrare un crescendo nelle limitazioni alla libera manifestazione della propria religione. Difatti, protagonista del caso *S.A.S.* è una comune cittadina francese di fede mussulmana che usa indossare, limitatamente ad alcune circostanze come ad esempio in periodo di Ramadam, il *burka* e il *niqab*, entrambi veli integrali; anche in mancanza di concrete misure sanzionatorie nei suoi confronti, la ricorrente contesta la legittimità della legge francese n. 2010/1192 dell'11 ottobre 2010 sul divieto di celare il volto che non le consentirebbe più di continuare ad indossare il velo integrale, in contrasto con il diritto alla libertà di religione previsto dall'art. 9 CEDU. Del tutto analoghi sono i fatti che hanno dato luogo ai più recenti casi *Dakir* e *Belcacemi*, dove le ricorrenti portano al giudizio delle Corte la legge belga del 1° giugno 2011 che di fatto impedisce loro di professare liberamente il proprio credo religioso attraverso il porto del velo integrale.

3. … e delle motivazioni utilizzate a difesa della loro legittimità

Dalla giurisprudenza della Corte emerge che il carattere sempre più ampio del divieto di indossare il velo islamico si accompagna al carattere sempre più generico delle motivazioni addotte dagli Stati e, per lo più, accettate dalla stessa Corte. Acclarato che indossare il velo islamico rientra nel foro esterno della libertà di religione[36], le eccezioni a siffatta pratica religiosa trovano fondamento giuridico nel par. 2 dell'art. 9 CEDU[37].

Nei casi relativi al sistema scolastico degli Stati convenuti davanti alla Corte, la legittimità delle misure restrittive è rinvenuta nella natura secolare dell'ordinamento statale e nel dovere di neutralità dello Stato nella gestione

---

[35] V. sentenza *S.A.S.*, cit.; sentenza *Belcacemi and Oussar*, cit.; sentenza *Dakir*, cit.

[36] V. sentenza *Leyla Sahin*, cit., par. 78; decisione *El Morsli*, cit. par. 1; sentenza *S.A.S.*, cit., par. 38 che richiama esplicitamente l'interpretazione fornita sul punto dal Comitato ONU dei diritti dell'uomo nel *General Comment n. 22* sull'art. 18 del Patto, punto 4, secondo cui: «The observance and practice of religion or belief may include not only ceremonial acts but also such customs as (...) the wearing of distinctive clothing or headcoverings (…)». Cfr. anche Carolyn Evans, *The 'Islamic Scarf' in the European Court of Human Rights*, in *Melbourne Journal of International Law*, 2006, p. 55; Massimo Starita, *op. cit.*, p. 106 ss.

[37] L'art. 9.2 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, della salute o della morale pubblica, o alla protezione dei diritti e della libertà altrui».

di detto sistema[38], che imporrebbe ai docenti ma anche agli studenti di non ostentare i simboli della religione di appartenenza. Nel caso *Dahlab* il principio di neutralità applicato alla scuola viene precisato come un principio che *seeks both to protect the religious beliefs of pupils and parents and to ensure religious harmony, which in some respects is still fragile*[39], particolarmente importante nella scuola pubblica che è obbligatoria per tutti[40]; e si ammette che la neutralità non significa che ogni aspetto religioso debba essere escluso dall'azione dello Stato ma è necessario che tale azione sia neutrale a considerazioni religiose che possano mettere a rischio la libertà di religione dei cittadini in un contesto pluralistico[41], assicurando in questo modo la protezione dei diritti e delle libertà dell'altro e garantendo l'ordine e la sicurezza pubblica, in linea con la previsione dell'art. 9.2 CEDU[42].

Nella giurisprudenza successiva sul velo a scuola è confermata la centralità del principio di neutralità, in nome del quale lo Stato è chiamato a proteggere l'individuo non solo da ingerenze arbitrarie da parte dello Stato stesso ma anche da pressioni esterne provenienti da altri[43] tanto che, secondo la Corte, la difesa di tale principio, insieme al carattere secolare dell'ordinamento statale, ben giustifica restrizioni alla libertà di manifestare la propria religione[44].

Altra eccezione ricorrente è quella della sicurezza e dell'ordine pubblico, ovvero dell'ordine sociale[45] da garantire in una società democratica, che ha

---

[38] V. decisione *Karaduman*, cit.; decisione *Dahlab*, cit.; sentenza *Leyla Sahin*, cit.; decisione *Kose*, cit.; decisione *Kurtulmus*, cit.; sentenza *Dogru*, cit.; decisione *Aktas*, cit.; sentenza *Osmanoğlu*, cit.

[39] V. decisione *Dahlab*, cit, p. 4.

[40] *Ibidem*, p. 5.

[41] *Idem*.

[42] V. decisione *Dahlab*, cit., p. 12; anche sentenza *Dogru*, cit., par. 62.

[43] V. sentenza *Leyla Sahin*, cit., par. 113; anche decisioni *Kose*, cit., pp. 13 e 14 e *Kurtulmus*, cit., pp. 6 e 7.

[44] V. sentenza *Dogru*, cit., parr. 66 e 72.

[45] L'espressione "ordine pubblico" utilizzata nell'art. 9 CEDU assume un significato non univoco in lingua inglese e in lingua francese, come è emerso nel corso dei lavori preparatori quando, nell'evidenziare le affinità tra l'art. 9 CEDU e l'art. 18 Patto, viene ripreso il dibattito suscitato in sede ONU in merito all'utilizzo dell'espressione in parola, dove si legge che «in 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» (General Assembly, Tenth Session, Document A/2929 del 1 luglio 1955, Annotation on the text of the draft International Convenants on Human Rights, Appendixes, par. 113). Un chiarimento in proposito giunge dai *Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights* del 1985 il cui par. 22 afferma: «The expression "public order (ordre public)" as used

funzionato in particolare nei casi in cui la questione del velo si è posta in riferimento ad esigenze specifiche di identificazione[46] e di sicurezza propria[47] o di altri[48]. Vale qui sottolineare che, secondo la Corte stessa, per evitare il richiamo astratto al limite dell'ordine e della sicurezza pubblica, la sua applicazione richiede una attenta valutazione del comportamento concreto del soggetto in termini di minaccia reale[49].

Infine, quando le restrizioni ad indossare il velo islamico integrale si estendono in modo ampio a tutti i luoghi pubblici e in ogni tempo le eccezioni appena sopra rilevate incontrano difficoltà di applicazione proprio in ragione della generalità delle persone e dei luoghi interessati. Difatti, secolarismo, neutralità, sicurezza e ordine pubblico perdono di rilievo a favore dell'inedito limite del *living together* che diviene centrale nella giurisprudenza più recente sul velo islamico integrale[50]. Entra in gioco, cioè, la necessità da parte dello Stato di garantire le relazioni umane, ritenuta imprescindibile in una società democratica pluralistica, e che sarebbe impedita dall'occultamento del viso, come succede indossando il velo integrale. Ma, come si vedrà, non mancano punti critici.

4. Alla base del living together*: pluralismo e tolleranza*

Il pluralismo democratico, che fa da sfondo al concetto di *living together*, presenta un collegamento stretto con la libertà di religione, essendo essa considerata dalla Corte una delle massime espressioni del pluralismo stesso[51]. La

---

in the Covenant may be defined as the sum of rules which ensure the functioning of society or the set of fundamental principles on which society is founded. Respect for human rights is part of public order (ordre public)». Cfr. anche Esther Erlings, *'The government did not refer to it': SAS v. France and* ordre public *at the European Court of Human Rights*, in *Melbourne Journal of International Law*, 2015, p. 8.

[46] V. decisione *El Morsli*, cit.

[47] V. sentenza *Ebrahimian*, cit.

[48] V. sentenza *Lachiri*, cit.

[49] In particolare da ultimo, sentenza *Lachiri*, cit., par. 46.

[50] Così nelle sentenze *S.A.S.*, cit.; *Dakir*, cit.; *Belcacemi*, cit.

[51] Nella sentenza *S.A.S.*, cit., par. 124, riprendendo la giurisprudenza precedente (sentenza *Sahin*, cit., par. 104), si legge che «[…] freedom of thought, conscience and religion is one of the foundations of a "democratic society" within the meaning of the Convention. This freedom is, in its religious dimension, one of the most vital elements that go to make up the identity of believers and their conception of life, but it is also a precious asset for atheists, agnostics, sceptics and the unconcerned. The pluralism indissociable from a democratic society, which has been dearly won over the centuries, depends on it».

società pluralistica pone non poche difficoltà di gestione a ragione del potenziale conflitto tra le diverse componenti in essa presenti, specie quando le minoranze ritengono di non limitare alla sola sfera privata i propri tratti distintivi[52] e là dove la peculiarità delle minoranze è percepita come una differenza minacciosa[53]. In tale prospettiva, la globalizzazione e il forte aumento dei flussi migratori giocano un ruolo importante nella misura in cui l'intensificarsi dei contatti tra persone diverse culturalmente, etnicamente, religiosamente, politicamente porta ad aumentare la probabilità di conflitti e la crescente presenza di migranti amplifica la percezione di minaccia da parte della maggioranza nella società di accoglienza. Nel quadro appena delineato, l'ambito religioso risulta particolarmente sensibile alle suddette dinamiche, ovvero più cresce il numero di chi *chiede di violare il santuario della scuola laica portando il suo chador*[54] più cresce la resistenza nei confronti di tale rivendicazione e la tentazione, così come il tentativo di modellare il pluralismo a difesa degli standard della componente maggioritaria. Le società multirazziali, multietniche, multiculturali, multireligiose richiedono, invece, di bilanciare valori comuni, la cui ricerca è sicuramente difficile, e valori diversi, la cui coesistenza è necessaria[55] in una società realmente pluralistica.

I principi su cui si incardina la gestione della società pluralistica sono la tolleranza e, sotto il profilo religioso, la neutralità. Nei suoi vari significati, il termine tolleranza assume connotazione negativa nel senso di sopportazione o indulgenza fino alla estrema conseguenza di consentire ingiustizie; assume connotazione positiva se inteso nel senso di accettazione, riconoscimento[56]. È evidente che è secondo quest'ultima accezione che la tolleranza funziona come metodo per garantire la coesistenza nella società pluralistica.

Sul piano internazionale, il valore della tolleranza nel quadro del pluralismo trova supporto nella Dichiarazione di principi del 1995 adottata

---

[52] Cfr. Anna Elisabetta Galeotti, *op. cit.*, p. 99.

[53] Anna Elisabetta Galeotti, *op. cit.*, sottolinea la differenza nella percezione della diversità delle minoranze e della diversità della maggioranza dove «diversity within a majority is in fact not perceived as "difference", but as the display of the normal range of characteristics and options exhibited by the citizens. In this sense, such differences, being normal, are a fortiori discreet. The difference displayed by minorities are, on the contrary, seen as different from the societal "norm" and, thus, implicitly loud, visible, and shocking», p. 127.

[54] Così Stefano Rodotà, *Come è difficile costruire la società pluralista*, in: *http://espresso.repubblica.it/visioni/2017/07/24/news/come-e-difficile-costruire-la-societa-pluralista-lezione-stefano-rodota-1.306577*.

[55] Secondo Rodotà, *op. cit.*, la «difficile ricerca dei valori comuni e la necessaria coesistenza tra valori diversi rompono la trama degli abituali criteri di riferimento».

[56] Cfr. Anna Elisabetta Galeotti, *op. cit.*, evidenzia che «the concept of toleration includes a whole range of meanings: forbearing, putting up with, permitting, accepting, recognizing», p. 225.

dall'UNESCO, secondo cui la tolleranza *is respect, acceptance and appreciation of the rich diversity of our world's cultures, our forms of expression and ways of being human*[57]. La Dichiarazione esclude esplicitamente che per tolleranza si possa intendere *concession, condescension or indulgence*[58], sottolineando l'atteggiamento attivo richiesto dal rispetto degli altri e la necessità di non imporre agli altri la propria opinione[59]; lo Stato è chiamato quindi *to accept and respect the multicultural character of the human family*[60]. Se ne deduce che non è sufficiente la non interferenza statale nella condizione delle diverse identità sociali ma è necessario il riconoscimento delle entità con stili di vita differenti dagli standard dominati.

Quando è in discussione la convivenza religiosa è inevitabile il richiamo anche al principio di neutralità, oggetto di ampio dibattito in dottrina specialistica circa la sua portata e il suo rapporto con il principio di laicità[61]. Senza

---

[57] V. *Declaration of Principles on Tolerance*, 16 November 1995, punto 1.1.

[58] *Ibidem*, punto 1.2.

[59] *Ibidem*, punto 1.4.

[60] *Ibidem*, punto 2.3.

[61] Considerato 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*. Rivista telematica (www.statoechiese.it) ottobre 2011; Maria d'Arienzo, *La laicità francese: "aperta", "positiva" o "im-positiva"?*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*. Rivista telematica (www.statoechiese.it), dicembre 2011; Sara Domianello, *Laïcité en marche. L'Hexagone à l'épreuve*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*. Rivista telematica (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 ecclesiasticistiche e la difficoltà di gestire le nuove dimensioni del fenomeno religioso*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*. Rivista telematica (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*. Rivista telematica (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*. Rivista telematica (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*, 6, 1, 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*. Rivista telematica (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*. Rivista telematica (www.statoechiese.it), febbraio 2012, p. 16 ss.;

entrare nel dibattito vale qui evidenziare la comunanza di opinioni nel ritenere che la laicità imponga la separazione tra sfera secolare e sfera religiosa; e nello stesso tempo, il progressivo superamento dell'idea di laicità come separazione netta tra queste due sfere, che porta a criticare la posizione estrema che vuole l'azione statale completamente estranea alla religione secondo una interpretazione *agnostica e ateistica* del principio[62], che finisce per svantaggiare i credenti. D'altronde la complessità del tema relativo all'attuazione del principio di laicità sembra disorientare anche la Corte nella scelta tra un "modello pluralista" e un "modello astensionista" in merito alla esibizione dei simboli religiosi[63].

Il concetto di *living together*, centrato sulla interazione personale, si presenta come una chiave di lettura evolutiva dei principi del pluralismo e della tolleranza, chiamati a funzionare nell'ambito di dinamiche sociali molto diverse da quelle in cui sono maturati.

5. *La divergenza tra Corte e Comitato sul velo islamico integrale alla luce del concetto di* living together

Nel caso *S.A.S.* davanti alla Corte e nei casi *Hebbadj* e *Yaker* davanti al Comitato, i cui fatti sono sovrapponibili trattandosi sempre di donne di fede mussulmana che contestano la legittimità della legge francese sul divieto generale di celare il volto[64], emerge la difficoltà di applicare le eccezioni tradi-

---

Nicola Riva, *Laicità, libertà, neutralità*, in 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*, Encyclopædia Universalis, Le tour du sujet, Paris, 2004; Michael W. McConnell, *Neutrality under the Religion Clauses*, in *Northwestern University Law Review*, 1986, p. 146 ss.

[62] Cfr. Ian T. Benson, *Living Together with Disagreement: Pluralism, the Secular, and the Fair Treatment of Beliefs in Canada Today*, in The Ronning Centre Forums, *Living Together with Disagreement: Pluralism, the Secular, and the Fair Treatment of Beliefs in Canada Today*, Camrose, Alberta, 2010, p. 7 ss.

[63] Antonietta Di Blase, *op.cit.*, nel commentare il caso *Leyla Sahin*, in tema di laicità distingue tra «un modello 'pluralista', consistente nel garantire la presenza dei simboli di qualsiasi religione, in modo che ciascuna venga rappresentata» e «una soluzione 'astensionista', nel senso di abolire tutti i simboli che non esprimano dei principi comuni alla collettività»; ed evidenzia «l'estrema difficoltà [per la Corte] di individuare una linea 'europea' da seguire nella ricostruzione dei modi di attuazione in concreto della laicità», p. 139 ss.

[64] Come nel caso *S.A.S.*, *cit.*, la ricorrente è una cittadina francese di fede mussulmana che contesta la legittimità della legge n. 2010/1192, adottata in Francia l'11 ottobre 2010, sul divieto

zionalmente fatte valere rispetto al foro esterno della libertà di religione. Le eccezioni della sicurezza e dell'ordine pubblico sono ostacolate dalla circostanza che l'uso del velo integrale nel contesto nazionale interessato riguarda un numero ridotto di donne[65] e, in quanto tale, non rappresenta una minaccia generale contro la sicurezza e l'ordine pubblico, necessaria a giustificare una interdizione assoluta[66], non limitata nel tempo né riferita a circostanze precise, come avvenuto in altri casi[67].

Anche il principio di neutralità, che nella tradizione giurisprudenziale della Corte sul velo islamico ha avuto un rilievo significativo[68], diventa inapplicabile nei casi in cui la restrizione al velo è assoluta e riguarda quindi tutti gli individui, non solo i funzionari pubblici, e tutti i luoghi, non solo quelli deputati alle funzioni pubbliche. Va ricordato, infatti, che la condizione di comuni cittadini dei ricorrenti e la natura pubblica del luogo dove si sono svolti i fatti hanno portato la Corte, nel caso *Ahmet Arslan*[69], a respingere la posizione della parte convenuta incentrata sulla difesa della neutralità dello Stato.

Ecco allora che si fa strada l'idea di porre alla base del divieto assoluto del velo islamico integrale esigenze generali della società e si afferma l'argomentazione del *living together*, secondo cui la coesistenza tra gruppi diversi, insita nel pluralismo, si regge sulla interazione tra individui e ogni ostacolo ad essa

---

di celare il volto poiché le impedisce di continuare ad indossare il velo integrale in contrasto con la libertà di manifestare la propria religione prevista dall'art. 9 CEDU, anche nei casi *Hebbadj* e *Yaker*, cit., le ricorrenti sono cittadine francesi di fede mussulmana che, dopo essere state sanzionate perché indossavano il *niqab*, ovvero un velo integrale, mentre erano per strada a Nantes, contestano la legittimità delle stessa legge ritenuta contraria, in questo caso, all'art. 18 del Patto sui diritti civili e politici, intitolato alla libertà di religione.

[65] I dati sulle donne con velo integrale in Francia sono riportati nella stessa sentenza *S.A.S.*, *cit.*, par. 16, secondo cui «The Report showed, in particular, that the wearing of the full-face veil was a recent phenomenon in France (almost no women wore it before 2000) and that about 1,900 women were concerned by the end of 2009 (of whom about 270 were living in French overseas administrative areas); nine out of ten were under 40, two-thirds were French nationals and one in four were converts to Islam». Più avanti la Corte riprende questi dati al par. 145 dove si legge che « it is true that only a small number of women are affected. It can be seen, among other things, from the report "on the wearing of the full-face veil on national territory", prepared by a commission of the National Assembly and deposited on 26 January 2010, that about 1,900 women wore the Islamic full-face veil in France at the end of 2009, of whom about 270 were living in French overseas administrative areas (see paragraph 16 above). This is a small proportion in relation to the French population of about sixty-five million and to the number of Muslims living in France».

[66] V. sentenza *S.A.S.*, *cit.*, par. 139; parere Comitato ONU sul caso *Hebbadj*, cit., punto 7.7.

[67] Il riferimento è alla decisione *El Morsli*, cit.; alla sentenza *Ebrahimian*, cit.; alla sentenza *Lachiri*, cit.

[68] In tale direzione, innanzitutto la giurisprudenza sul velo a scuola, citata *supra* in nota 38.

[69] Il caso si riferisce a fedeli islamici abbigliati con indumenti tipici della corrente religiosa di appartenenza, v.ECtHR, sentenza 23 febbraio 2010, *Ahmet Arslan et autres c. Turquie*, par. 48 s.

va rimosso per garantire una società democratica[70]. Il *living together* è definito *as observance of the minimum requirements of life in society*[71] e poiché lo spazio pubblico è lo spazio sociale per eccellenza è necessario che nello spazio pubblico non siano posti in essere comportamenti che impediscono, o quantomeno inibiscono, il contatto fra le persone. Sotto tale profilo, il volto coperto dal velo avrebbe un effetto dissuasivo sulla disponibilità ad entrare in relazione con l'altro.

Se la Corte ed il Comitato sono in linea nel respingere la sicurezza e l'ordine pubblico come giustificazione all'adozione del divieto in parola, vanno invece in direzioni opposte nel giudicare la legittimità di tale divieto sulla base del concetto di *living together*.

L'applicazione del principio del *living together* al porto del velo islamico presenta punti problematici, rimasti sommersi nella sentenza *S.A.S.* che ha sugellato tale principio[72] e nelle sentenze *Dakir* e *Belcacemi* che l'hanno ripreso[73], e in parte affiorati nelle decisioni del Comitato sui casi *Hebbadj* e *Yaker*. Le conclusioni contrastanti cui giungono i due organi in parola richiedono l'approfondimento di alcuni aspetti della questione.

In verità, il Comitato non si dilunga in ragionamenti sofisticati ma mette

---

[70] V. sentenza *S.A.S.*, cit., par. 153.

[71] V. pareri Comitato ONU *Hebbadj*, cit., par. 5.7 e *Yaker*, cit., par. 7.7.

[72] La sentenza ha suscitato perplessità sia tra alcuni giudici della Corte stessa, come si evince dalle opinioni dissenzienti, sia in dottrina che l'ha ampiamente commentata, v., tra gli altri, Shelby Wade, *op. cit.*, p. 430; Tania Pagotto, *The "living together" argument in the European Court of Human Rights Case-Law*, in *Studia Tematyczne*, 2017, p. 9 ss.; Christos Tsevas, *Human rights and religions: 'living together' or dying apart? A critical assessment of the dissenting opinion in S.A.S. v. France and the notion of 'living together'*, in *Religion, State & Society*, 2017, p. 203 ss.; Ilias Trispiotis, *Two interpretetions of "Living Together" in European Human Rights Law*, in *Cambridge Law Journal*, 2016, p. 580 ss.; Alexandria Weller, *op. cit.*, p. 134 ss.; Esther Erlings, *op. cit.*; Paola Parolari, *Velo integrale e rispetto per le differenze nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: il caso S.A.S. c. Francia*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, p. 85 ss.; Massimo Starita, *La sentenza della Grande Camera della Corte europea dei diritti umani nel caso "S.A.S. c. Francia": una 'sentenza-monito', ma di che tipo?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, p. 101 ss.; Angelo Licastro, *op. cit.*, p. 5; Erica Howard, *S.A.S. v France: Living Together or Increased Social Division?*, 2014, in *www.ejiltalk.org*; Ivan Ingravallo, *La Corte di Strasburgo e il divieto di burqa: osservazioni critiche*, in *Quaderni di SIDIBlog*, 1/ 2014, p.3 14 ss.; Alessia Valentino, *La sentenza sul caso S.A.S. c. Francia della Corte europea dei diritti dell'uomo: principio di laicità e divieto assoluto di coprirsi il volto in pubblico*, in *Osservatorio costituzionale*, 2014, p. 1 ss.; Silvia Angeletti, *"Vivre ensamble" con il velo integrale?*, cit., p. 5.

[73] In senso critico sul caso del divieto belga del velo islamico integrale v. Giuseppe Casuscelli, *Il divieto di indossare il niqab del codice penale belga all'esame della Corte europea dei diritti dell'uomo: un passo in avanti per la formazione del "precedente" che mette a rischio il pluralismo religioso*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*. Rivista telematica *(www.statoechiese.it)*, luglio 2017; Silvia Angeletti, *La questione del velo torna a Strasburgo. Brevi considerazioni intorno a Dakir c. Belgique e Belcacemi et Oussar c. Belgique*, in *www.diritti-cedu.unipg.it*.

in evidenza laconicamente le criticità dell'argomentazione costruita sul *living together*. E le contestazioni che il Comitato muove rispetto al concetto del *living together* riguardano essenzialmente il suo collegamento con l'eccezione della protezione dei diritti altrui, il suo contenuto, nonché la proporzionalità e la necessità della misura restrittiva da esso scaturita.

6. I limiti dell'argomentazione basata sul concetto di living together*: il collegamento con l'eccezione della protezione dei diritti altrui*

Come nel caso *S.A.S.* anche nei casi *Hebbadj* e *Yaker* lo Stato parte in causa si limita a sottolineare la funzionalità del concetto di *living together* rispetto alla protezione dei diritti e libertà altrui[74] ma mentre la Corte accetta in modo generico che i requisiti minimi di socialità imposti dal *living together* siano *part*, *element* della protezione dei diritti e delle libertà degli altri[75], il Comitato, ritenendo che detta protezione *requires identifying what specific fundamental rights are affected and persons so affected*[76], reputa lo Stato manchevole sotto questo profilo e, anzi, valuta negativamente la scelta statale di esentare dal divieto altri modi di coprire il viso[77], in quanto non è chiarito il motivo per cui in quest'ultimo caso i diritti altrui non ne sarebbero toccati.

In verità, che vivere in uno spazio di socializzazione sia un diritto connaturato nella società democratica, come emerge dalla sentenza *S.A.S.* in poi[78], è frutto più che altro di una speculazione concettuale[79] basata su principi generali come l'uguaglianza, la fraternità, la libertà.

Vale notare che, per come è costruito, in realtà il concetto di *living together*

---

[74] V. sentenza *S.A.S.*, par. 82; pareri del Comitato ONU sui casi *Hebbadj*, par. 5.7, e *Yaker*, par. 7.7.

[75] V. sentenza *S.A.S.*, parr. 140 e 157.

[76] V. parere Comitato ONU sul caso *Hebbadj*, par. 7.10.

[77] Ai sensi della legge n. 2010-1192 del 11 ottobre 2010, entrata in vigore l'11 aprile 2011, sez. 2 «The prohibition (…)shall not apply if the clothing is prescribed or authorised by primary or secondary legislation, if it is justified for health or occupational reasons, or if is worn in the context of sports, festivities or artistic or traditional events».

[78] V. sentenza *S.A.S.*, *passim* e, in particolare, parr. 84, 88, 122, 141.

[79] Mauro Gatti, *op. cit.*, a proposito del diritto degli altri di vivere in uno spazio di socializzazione, invocato nella sentenza *S.A.S.*, cit., afferma che «la Corte pare 'creare' un diritto, non previsto dalla CEDU» e sottolinea come «sembra dunque che la Corte interpreti la Convenzione in modo 'creativo'», p. 116. D'altronde anche quando la risoluzione 2076 (2015) dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, *Freedom of religion and living together in a democratic society,* parla di «right of everyone to live in a space of socialisation which facilitates living togher» tiene distinto questo diritto dai «fundamental rights of others» che coesistono con il diritto alla libertà di religione previsto dall'art. 9 CEDU.

sembra piuttosto implicare un obbligo. Infatti, ritenere che in una società democratica sia indispensabile per ogni individuo entrare in relazione con l'altro e socializzare sempre e con chiunque, tanto che la persona respingente, come appare chi indossa il velo integrale, è considerata passibile di sanzione spinge a considerare la relazione interpersonale un obbligo più che un diritto.

Ma anche volendo analizzare l'argomento del *living together* inteso come diritto di socializzare, rileva il significato da attribuire all'eccezione della "protezione dei diritti e delle libertà degli altri" in materia di manifestazione della libertà di religione, tra cui comprendere il suddetto diritto. In merito, le decisioni in esame sono di scarso supporto e qualche dato utile è possibile ricavarlo dalla prassi giurisprudenziale precedente. Se vale che i diritti altrui da proteggere sono quelli garantiti dalla CEDU[80], considerato che il diritto al *living together* non è espressamente contemplato nel testo della Convenzione[81] è dubbio che tale diritto possa rientrare nell'eccezione *de qua*. È vero che una interpretazione strettamente testuale della disposizione convenzionale dimostra di ignorare che in altre circostanze la Corte ha difeso allo stesso modo altri diritti "extratestuali" – come nel caso, ad esempio, del diritto all'unione di persone dello stesso sesso – e che la CEDU va considerata un *living instrument*[82] ma va evidenziato che la Corte stessa, già da tempo addietro, ha indicato la necessità che sussistano *indisputable imperatives*[83] per giustificare restrizioni imposte al fine di proteggere diritti e libertà non enunciati nel testo convenzionale. D'altronde se non vi fosse nessun limite sarebbe reale il rischio che l'eccezione della protezione dei diritti e libertà altrui diventi una sorta di "cavallo di troia" nel sistema CEDU, tramite cui legittimare misure statali derogatorie di diritti garantiti. Infine, ammesso che il *living together* sia un diritto e che vada tutelato rispetto a comportamenti contrastanti posti in essere in osservanza di precetti o pratiche religiose, va osservato che il porto del velo integrale non limita il diritto degli altri che restano liberi di socializzare fra di loro ma limita soltanto i rapporti con gli altri di chi indossa il velo

---

[80] In tal senso v. ECtHR, sentenza 29 aprile 1999, *Chassagnou and others v. France*, par. 113 secondo cui «In the present case the only aim invoked by the Government to justify the interference complained of was "protection of the rights and freedoms of others". […] these "rights and freedoms" are themselves among those guaranteed by the Convention or its Protocols». Il punto viene in rilievo anche nell'Opinione parzialmente dissidente dei giudici Nussberger e Jäderblom nella sentenza *S.A.S.*, cit., par. 5. Analogamente tale interpretazione vale per la disposizione contenuta nell'art. 18 del Patto, v. *General Comment 22* sull'art. 18 del Patto, par. 8 dove si legge: «In interpreting the scope of permissible limitation clauses, States parties should proceed from the need to protect the rights guaranteed under the Covenant».

[81] Tale mancanza è messa in rilievo dalla stessa sentenza *S.A.S.*, *cit.*, al par. 114.

[82] Cfr. Ilias Trispiotis, *op. cit.*, p. 12 ss.

[83] V. sentenza *Chassagnou and others*, cit., par. 113.

che comunque dovrebbe restare libero di scegliere se e con chi socializzare[84]. Resta nella libertà dell'individuo scegliere di esercitare il diritto che gli è riconosciuto.

Infine, una ulteriore contraddizione nel diritto/obbligo di socializzazione sta nel disinteresse dello Stato per altre tendenze cosiddette "antisociali"[85], che, alla stregua del trattamento riservato alle donne con il velo integrale, dovrebbero essere considerati contrari al *living together* e, pertanto, sanzionabili.

7. Segue: *il contenuto del concetto di* living together

Il Comitato qualifica il concetto di *living together* come *very vague* e *abstract*[86] e ciò gioca un ruolo centrale nella sua decisione. La Corte, invece, pur riconoscendo la flessibilità di tale concetto[87], non si lascia influenzare da questo dato nel suo giudizio di legittimità.

Seguendo il ragionamento delle parti e della Corte, dalle sentenze *S.A.S.*, *Dakir* e *Belcacemi*, emerge che la società pluralistica non può prescindere dal concetto di *living together* che implica la partecipazione corale delle varie componenti alla società di accoglienza dove è richiesta la condivisione dei valori della maggioranza e dove la interazione tra individui è vista come *essential for the expression not only of pluralism, but also of tolerance and broadmindness without which there is no democratic society*[88]. La interrelazione è considerata così essenziale che celare il volto con il velo integrale è percepito come una minaccia ai valori di cui l'interrelazione stessa è espressione in quanto la diffidenza che il velo integrale crea nei rapporti tra individui denoterebbe diffidenza e rifiuto allo stesso tempo verso i valori che trovano espressione nel concetto di *living together* ovvero, come emerge dai casi presi in considerazione, la libertà, la fraternità, l'eguaglianza e anche la tolleranza e la laicità.

Se in qualche modo è possibile ricavare dalle argomentazioni portate in

---

[84] Nell'opinione parzialmente dissidente nella sentenza *S.A.S.*, *cit.*, par. 8, i giudici Nussberger e Jäderblom contestano che «an individual has a right to enter into contact with other people, in public places, against their will. Otherwise such a right would have to be accompanied by a corresponding obligation. This would be incompatible with the spirit of the Convention».

[85] Il riferimento è a quei comportamenti "antisociali" che hanno come effetto di respingere l'altro, come evidenziato da Erik Baldwin, *A Critique of the Reasoning in Favor of a General Ban on Muslim Woman from Wearing the Burqa*, in vol. Erik Baldwin et al. (eds.), *op. cit.*, p. 178.

[86] V. Pareri del Comitato ONU nel caso *Hebbadj*, cit., par. 7.10 e nel caso *Yaker*, par. 8.10.

[87] V. sentenza *S.A.S.*, *cit.*, par. 122.

[88] V. sentenza *S.A.S.*, *cit.*, par. 153.

causa la funzione di strumento di espressione del pluralismo e della società democratica propria del principio di *living together* scarse sono le indicazioni sui suoi contenuti. E non è un caso che il Comitato abbia chiaramente contestato la vaghezza e l'astrattezza di tale principio.

Va osservato che proprio la sua genericità rende questo principio vulnerabile sul piano interpretativo e l'applicazione che se ne è fatta presenta aspetti non del tutto convincenti. Appare chiaro che vietando comportamenti percepiti dalla maggioranza in modo negativo e da essa non accettati lo scopo perseguito è l'assimilazione, che nei casi in esame rientra nella tradizionale politica interna di integrazione[89] ma, sul piano internazionale, è piuttosto contrastata. Infatti, lo stesso Consiglio d'Europa, al cui interno opera la Corte, consapevole delle crescenti difficoltà a livello nazionale collegate al multiculturalismo *firmly belives that assimilation is not an alternative*[90], preferendo il ricorso all'approccio interculturale in cui il rafforzamento della identità e dei valori europei non porti alla eliminazione delle culture diverse che, invece, vanno preservate nella loro specificità[91] e raccomandando agli Stati di accogliere *the vision of a plural, intercultural and inclusive democratic society*[92] e di imparare *to respect [other visions of the world] even if they do not share them*[93]. Lo stesso spirito si ritrova nel Report del Segretario generale delle Nazioni Unite sulla protezione dei migranti del 2014, secondo cui *living together in peace requires the eradication of long-standing and new prejudices and negative stereotypes targeting those who are different*[94]. D'altronde l'imposizione di una singola cultura va in contraddizione con il senso del *living together* in un contesto pluralistico[95] e pone il rischio dell'affermarsi di *valori autoritari*[96].

Un altro punto riguarda le modalità della socializzazione. Considerare il contatto *vis-a-vis* determinante per entrare in relazione con gli altri, tanto da

---

[89] Cfr. Erica Howard, *op. cit.*, p. 2; Paola Parolari, *op. cit.*, p. 92 s.; Alexandria Weller, *op. cit.*, p. 128; Shelby Wade, *op. cit.*, p. 414.

[90] V. CoE/ Parlamentary Assembly, *Living together in 21st- Century Europe: follow-up to the report of the Group of Eminent Persons of the Council of Europe*, Doc. 12631 del 6 giugno 2011, punto 4.

[91] *Ibidem,* punto 31.

[92] V. Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, *Res*. 2076 (2015), cit., par. 13.3.3.

[93] *Ibidem*, par. 13.4.

[94] *Report by the UN Secretary-General on the protection of migrants*, (UNGA/RES/68/179), p. 2.

[95] Cfr. Kadir Çüçen, *The Culture of Living Together, Democracy and Human Rights*, p. 4, in: *https://www.researchgate.net/publication/312933557_The_Culture_of_Living_Together_Democracy_and_Human_Rights*; Ilias Trispiotis, *op. cit.*, p. 11.

[96] Così nelle conclusioni di Alessandro Palma, *Islam, simboli religiosi e spazio pubblico nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *http://www.salvisjuribus.it/islam-simboli-religiosi-e-spazio-pubblico-nella-giurisprudenza-della-corte-europea-dei-diritti-delluomo*, consultato a settembre 2019.

giustificare il divieto di coprire il volto con il velo, è riduttivo rispetto alle attuali dinamiche sociali e relazionali, caratterizzate da nuove forme di socializzazione, basti pensare ai social network; e reputare il velo integrale l'unico comportamento censurabile è discriminante nel confronto con altri comportamenti che non agevolano il contatto diretto con l'altro, basti pensare allo shopping on line, al lavoro o formazione a distanza, al già richiamato uso dei social network[97]. Sotto questo profilo, risalta la circostanza che nel caso *S.A.S.* la ricorrente dichiara di non indossare il velo integrale sistematicamente[98] ma ciò non è sufficiente a dimostrare la sua disponibilità al *living together*, come se il desiderio e la disponibilità al *living together* dovessero essere perpetui.

Un certo margine di ambiguità è riscontrabile anche nel richiamo ai valori della società di accoglienza che trovano la loro espressione nel principio di *living together*. Così, nei casi sottoposti alla Corte, la laicità è invocata per escludere dagli spazi pubblici ogni simbolo religioso[99], la fratellanza e l'uguaglianza sono invocate per contrastare pratiche lesive della dignità e della parità delle donne[100] e la tolleranza viene invocata come una prerogativa della società di accoglienza per contrastare comportamenti ritenuti lesivi del suo rispetto[101]. Ma gli stessi valori possono essere considerati in un'altra prospettiva. Il principio di laicità, che non impone l'estraneità del fattore religioso nell'azione statale[102], non va concepito come un limite alla libertà di religione ma piuttosto come una sua garanzia[103]. Il principio di eguaglianza si ritrae di fronte alla volontà espressa della donna di indossare il velo integrale, che fa venir meno quindi il carattere impositivo dell'atteggiamento dell'uomo sulla donna mussulmana[104]. Infine, forzare la socializzazione per garantire il *living together* attraverso il divieto generale del velo integrale va in contraddizione con il rispetto della fraternità e della tolleranza in quanto da un lato più che unire le persone finisce per marginalizzare le donne che, pur di evitare di to-

---

[97] Sugli effetti di taluni comportamenti collegati con l'uso di internet cfr. Erik Baldwin, *op. cit.*, pp. 186; Ryan Long, *Religion and the Democratic Public Sphere*, in vol. Erik Baldwin et al., *op. cit.*, p. 188 e p. 190.

[98] V. sentenza *S.A.S.*, *cit.*, par. 12.

[99] V. sentenza *S.A.S.*, *cit.*, parr.18 e 31.

[100] V. sentenza *S.A.S.*, *cit.*, par. 25.

[101] V. sentenza *S.A.S.*, *cit.*, par. 153.

[102] Per la dottrina in materia cfr. *supra* nota 61.

[103] Cfr. Ilias Trispiotis, *op. cit.*, p. 24.

[104] La sentenza *S.A.S.*, *cit.*, sin dall'inizio sottolinea (v. par. 17) il carattere impositivo del porto del velo integrale. Sulla necessità di rispettare la vita privata e l'identità personale della donna che indossa spontaneamente il velo integrale cfr. Anna Oriolo, in vol. Erik Baldwin et al., *op. cit.*, p. 159.

gliere il velo integrale decidono di non frequentare luoghi pubblici[105] e finisce per scontrarsi con un altro valore fondamentale che insieme a fraternità ed eguaglianza connota gli ordinamenti degli Stati coinvolti nei casi in esame, ossia la libertà; dall'altro, più che accettare la diversità, come richiesto dalla Dichiarazione di principi sulla tolleranza[106], finisce per deviare nella visione di tolleranza come *concession, condescension or indulgence* e per imporre la visione della maggioranza che è esattamente ciò che la Dichiarazione nega[107].

Ebbene, se lo Stato laico deve assicurare pari dignità alle confessioni religiose presenti al suo interno, se l'uguaglianza garantisce alle persone la possibilità di scegliere alla pari degli altri, se la tolleranza intesa come accettazione e riconoscimento[108] sono la cifra del pluralismo perché il porto del velo integrale non dovrebbe essere compatibile con il principio del *living together*? E perché la soluzione alle tensioni che il porto del velo integrale potrebbe alimentare non può essere l'educazione alla diversità piuttosto che la eliminazione della causa di tensione a scapito in fondo del pluralismo?[109]

8. Segue: *la necessità e la proporzionalità della misura restrittiva*

Il mancato approfondimento sui contenuti del principio del *living together* indebolisce il ragionamento della Corte che appare condotto essenzialmente sulla base della percezione che la società di accoglienza ha delle donne velate[110], riproponendo l'atteggiamento già assunto nella precedente giurisprudenza sul velo islamico, non particolarmente attenta alla raccolta di prove concrete circa gli effetti da esso prodotti sugli altri[111] contrariamente alla giuri-

---

[105] Sul rischio di un peggioramento nella vita sociale delle donne con velo integrale a causa del divieto generale v. sentenza *S.A.S.*, *cit.*, par. 35 punto 17.

[106] V. *Declaration of Principles on Tolerance*, cit., punto 1.1.

[107] *Ibidem*, punti 1.2 e 1.4.

[108] Se, come osservato da Anna Elisabetta Galeotti (*op. cit.*, pp. 101 e 125), l'accettazione e quindi il riconoscimento dell'altro implica in un certo senso la legittimazione del suo comportamento, è plausibile che ciò desti preoccupazione nelle politiche di integrazione basate sulla assimilazione e la difesa ad oltranza degli standard predominanti.

[109] In proposito vale evidenziare che la stessa sentenza *S.A.S.*, *cit.*, al par. 127, precisa che «the role of the authorities in such circumstances is not to remove the cause of tension by eliminating pluralism, but to ensure that the competing groups tolerate each other». V. anche opinione parzialmente dissidente dei Giudici Nussberger e Jäderblom nella sentenza *S.A.S.*, *cit.*, par. 14. Cfr. altresì Eugenia Relaño, *Las dos caras del Dr. Jekyll: las prohibiciones del velo integral a debate*, in *Debates Jurìdicos*, 5, 2015, p. 21.

[110] In particolare, v. sentenza *S.A.S.*, *cit.*, par. 122.

[111] Cfr. Antonietta Di Blase, *op. cit.*, 137; Shelby Wade, *op. cit.*, p. 424; Erik Baldwin, *op.*

sprudenza su un altro simbolo religioso, il crocefisso, dove si cercano *elementi che attestino* l'eventuale influenza esercitata dall'esposizione del simbolo religioso nelle aule scolastiche[112].

Non convince che la sola percezione di una minaccia al *living together* sia sufficiente per ritenere il divieto assoluto del velo integrale una misura necessaria e proporzionata, specie se la asserita minaccia proviene da un gruppo minimo di donne[113] e se non è dimostrato che i divieti già esistenti – in capo alle persone che svolgono funzioni pubbliche o nei luoghi dove si svolgono funzioni pubbliche o nel caso di controlli di sicurezza – non siano sufficienti e che lo stesso obiettivo non possa essere raggiunto con misure meno invasive, come limiti parziali in circostanze specifiche e diffusione dei valori del *living together*.

Proprio il difetto di prove concrete rientra chiaramente tra le contestazioni mosse dal Comitato[114], che insiste sulla necessità di concretezza nelle affermazioni dello Stato parte in causa laddove la Corte è meno rigida e non richiede la dimostrazione delle affermazioni in merito al contrasto del velo integrale con il principio astratto del *living together*, fondandosi sulla percezione che la società di accoglienza ha del velo islamico integrale[115] e rinviando all'ampio margine di apprezzamento dello Stato in materia[116]. Il collegamento stretto che, in questo modo, la Corte crea tra il concetto di *living together* e il contesto nazionale interessato dal caso *S.A.S.* ha prodotto la convinzione che lo stesso giudizio di legittimità non sarebbe stato possibile in contesti diversi da quello francese[117].

Ma, come già evidenziato in premessa, la realtà ha smentito tale convinzione dal momento che la Corte, difronte al divieto del Belgio di indossare il velo integrale nei luoghi pubblici, nel 2017 ha riproposto nei casi *Dakir* e *Belcacemi* il ragionamento seguito nel precedente caso *S.A.S.* confermando che la protezione dei valori che trovano espressione nel *living together* vale a

---

cit., p. 187; Carolyn Evans, *op. cit*., p. 63; Tania Pagotto, *The living together*, cit., pp. 10, 22 e 25.

[112] V. sentenza *Lautsi*, cit., par. 66. Per la bibliografia sulla sentenza citata v. *supra* nota 30.

[113] Cfr. *supra* nota 65.

[114] V. Pareri del Comitato ONU sui casi *Hebbadj*, cit., parr. 7.11 e 7.12 e *Yaker*, cit., parr. 8.11 e 8.12.

[115] Cfr. *supra* nota 110.

[116] V. sentenza *S.A.S.*, *cit*., par. 155. Per un commento sul ricorso alla cosiddetta dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza sul velo islamico cfr. 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. e più in generale nella giurisprudenza sull'esposizione dei simboli religiosi, cfr. Giulia Ciliberto, Fulvio Maria Palombino, *op. cit*., p. 250 ss.

[117] Cfr. Angelo Licastro, *op. cit*., p. 5; Alexandria Weller, *op. cit*., p. 136; Shelby Wade, *op. cit*., p. 431.

giustificare la condotta statale.

La decisione del Comitato ONU di non accettare l'argomentazione francese basata sul principio del *living together* va letta come un argine alla tendenza registrata in alcuni Stati del Consiglio d'Europa di adottare il "modello francese". Va osservato che le affermazioni lapidarie contenute nelle decisioni *Habbadji* e *Yaker* non sono utili a comprendere il ragionamento giuridico sotteso ma sono sicuramente rappresentative di una diversa sensibilità al tema dell'uso del velo integrale, probabilmente frutto anche di una "composizione religiosa" più eterogenea del Comitato rispetto a quella della Corte che, come è stato evidenziato, sembra far fatica *to move outside the religous paradigms that are most common in Europe (that is, either broadly Christian or secular) and to deal with non-Christian religions*[118].

Di fronte al consolidarsi del ricorso al principio del *living together* davanti alla Corte, vale notare che occorre scongiurare il rischio che la protezione dei valori della società di accoglienza diventi il pretesto per limitare i diritti umani nella scia di quel fenomeno di tendenza della *securitization* dei diritti umani che fa della sicurezza nazionale una priorità suprema che giustifica il ricorso a misure restrittive straordinarie dei diritti umani normalmente garantiti in risposta ad asserite condotte minacciose per lo Stato ed i suoi valori di riferimento[119].

Riassunto

Le decisioni che il Comitato ONU per i diritti umani ha adottato nel 2017 sul divieto assoluto del velo islamico integrale previsto dalla legge francese n. 2010/1192 dell'11 ottobre 2010 hanno rimesso in discussione il tema delle restrizioni al *forum externum* della libertà di religione alla luce del concetto di li*ving together*, già affrontato dalla Corte europea dei diritti umani con esiti divergenti da quelli del Comitato. I punti di contrasto, incentrati sul carattere vago ed astratto della eccezione sollevata dallo Stato convenuto, spingono a riflettere sull'ambiguità e sulle contraddizioni, sotto il profilo giuridico, dell'argomentazione basata sul concetto di *living together*, secondo cui la coesistenza tra gruppi diversi, insita nella società pluralistica, si regge sulla interazione tra individui e ogni ostacolo ad essa va rimosso, come nel caso del velo islamico integrale a motivo dell'effetto dissuasivo che il volto coperto avrebbe sulla disponibilità ad entrare in relazione con l'altro. Il condizionale è d'obbligo in quanto il ragionamento sul punto difetta

[118] Cfr. Carolyn Evans, *op. cit.*, p. 54.

[119] Per una analisi degli effetti della *securitization* dei diritti umani su alcuni aspetti della libertà di religione v. 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*, in *Diritto & Religioni*, 2, 2018, p. 102 ss.

di prove concrete e si basa essenzialmente sulla percezione che la società di accoglienza ha delle donne coperte dal velo integrale. Il rischio che si prospetta è di strumentalizzare le esigenze di sicurezza e di salvaguardia dei valori fondamentali dello Stato al fine di contrastare l'identità religiosa e culturale delle minoranze.

Parole chiave

Velo islamico integrale; living together; pluralismo; tolleranza

Abstract

The UN Human Rights Committee's Decisions adopted in 2017 on the absolute ban of the Islamic full-face veil provided for by the French law no. 2010/1192 of 11 October 2010 questioned the topic of the restrictions to the *forum externum* of the freedom of religion in the light of the concept of 'living together', already addressed by the European Court of Human Rights with divergent outcomes compared to those of the Committee.

The points of contrast, focused on the vague and abstract nature of the exception raised by the respondent State, cause to reflect on the legal ambiguities and contradictions of the argument based on the concept of 'living together', according to which the coexistence between different groups – inherent in the pluralistic society – is based on the interaction between individuals; any obstacle should be removed, as in the case of the Islamic full-face veil because of the deterrent effect that the covered face would have on willingness to relate to each other.

The conditional is here compulsory as this argument lacks concrete evidence and is essentially based on the perception of fully veiled women by the receiving society.

The envisaged risk is to exploit the needs of security and protection of fundamental values of the State in order to counter the religious and cultural identity of minorities.

Key words

Islamic full-face veil; living together; pluralism; tolerance

Credere e curare: due sistemi di valori a confronto

Cristiana Maria Pettinato

Prima di guarire qualcuno
chiedigli se è disposto a rinunciare alle cose
che lo hanno fatto ammalare.
Ippocrate

Sommario: *1. La storia di un ritorno alla medicalizzazione del dissenso politico-religioso nella Lituania neoconfessionista – 2. Lo Stato laico e la diversificazione spirituale – 3. Le declinazioni giuridico-razionali e spirituali del concetto di salute – 4. Medico e paziente coproduttori della guarigione –5. Il rito del credere e il rito del guarire – 6. Breve nota conclusiva: scelta spirituale come Lebensordnüngen*

*1. La storia di un ritorno alla medicalizzazione del dissenso politico-religioso nella Lituania neoconfessionista**

La cornice spazio temporale che fa da scenario al tema di cui ci interessiamo non è più lo Stato liberale o neo liberale, che protegge come valori fondamentali l'integrazione e lo sviluppo economico, ma il cosiddetto Stato sociale avanzato, il cui intervento è mirato a garantire ai cittadini alcuni standard di vita adeguati al prepotente riconoscimento dei diritti e delle libertà fondamentali. Questo è lo Stato contemporaneo che coniuga le due grandi esperienze culturali dell'occidente manifestatesi negli ultimi duemila anni: il cristianesimo e l'illuminismo[1] e le declina, in un contesto di pluralismo crescente, creando equilibri differenti tra le loro eredità culturali. Un tema poliforme

---

*Il presente articolo rappresenta la rielaborazione dell'intervento tenuto il 4 aprile 2019 all'università La Sapienza di Roma in occasione del Convegno "Valetudo et religio: intersezioni tra diritto alla salute e fenomeno religioso", organizzato dalla Prof.ssa Beatrice Serra e verrà, prossimamente, pubblicato anche negli Atti del Covegno. Il contributo è stato realizzato con fondi per la ricerca di Ateneo – Piano per la Ricerca 2016/18

[1] Giampaolo Azzoni, *Dignità umana e diritto privato*, in *Ragion pratica*, giugno 2012, pp. 76-77.

come quello della libertà religiosa, ad esempio, può essere osservato con ottiche differenti a seconda che prevalga la visione cristiana, o, comunque, la visione più sensibile ai profili spirituali della vita del cittadino, oppure quella laica che tenta di emarginare il fattore religioso dallo spazio pubblico. Nella vicenda discussa davanti alla Corte di Strasburgo, che ha suscitato la curiosità di chi scrive, la questione religiosa viene vissuta secondo un'ottica fortemente ispirata ai valori cristiani, e, nel caso specifico, ha prodotto una violazione della libertà religiosa di chi, invece, come la protagonista ricorrente, si muove su un piano spirituale differente rispetto alla tradizione del proprio paese. Il contrasto tra il linguaggio dello spirito e quello della ragione, che siamo stati abituati a rilevare tra le motivazioni dei pazienti e le ragioni giustificatrici dei medici, creatosi nelle vicende giudiziarie sul diritto alla salute, in questa circostanza sono, in verità, solo un espediente per discriminare la protagonista della vicenda, per il solo fatto di possedere una spiritualità non tradizionale. Dietro il comportamento dei medici dell'ospedale psichiatrico di Vilnius, riappare lo spettro della persecuzione delle sette religiose ma l'effetto conseguito è, però, di fatto la violazione della libertà religiosa di un soggetto, oltretutto, fragile perché affetto da un disturbo psichico, privato della propria libertà e, verosimilmente, tradito nella legittima aspettativa di ricevere cure appropriate alla sua condizione di salute precaria.

La protagonista della vicenda è, infatti, una giovane lituana, appartenente gruppo che segue la spiritualità del Maestro indiano Osho (Rajneesh Chandra Mohan Jain)[2], affetta da un *transitory mental disorder*, comparso precedentemente alla sua adesione alla nuova spiritualità. La ragazza viene sottoposta ad una serie di trattamenti sanitari obbligatori che nei fatti le impediscono di continuare a dedicarsi ad alcune pratiche religiose, in quanto, su parere dei medici di cura dell'ospedale pubblico di Vilnius, sarebbe stato proprio l'esercizio di dette pratiche ad aver pregiudicato lo stato di salute mentale della ricorrente, rendendo inevitabile il suo ricovero.

Ciò che emerge dalle registrazioni dei colloqui della paziente è l'importanza insostituibile che una delle pratiche religiose assume nella vita della ricorrente – *"a personal matter"*[3] una*"priceless part of her life, and that its value on*

---

[2] Alcune informazioni sulla vita e il movimento fondato dal Maestro indiano Rajneesh Chandra Mohan Jain, detto Osho, autore di numerosissime pubblicazioni divulgative, si leggono in *L'eredità di Osho Rajneeshi*, a cura di Massimo Introvigne, Pier Luigi Zoccatelli, su *https://cesnur.com/movimenti-di-origine-giainista/leredita-di-osho-rajneesh/*. L'articolo è stato pubblicato anche nel volume di Massimo Introvigne**,** *Le religioni in Italia,* Elledici, Torino, 2006.

[3] ECHR, *Mockuté v. Lithuania*, 27 february 2018, n. 17, in: *https://hudoc.echr.coe.int/ eng#{ "respondent":["LTU"],"documentcollectionid2":["GRANDCHAMBER","CHAMBER"],"itemid":["001-181202"].*

the spiritual level was equal to that of water, fresh air and food on the physical one" riporta la CEDU le parole della ricorrente[4] – tanto da indurla, una volta privata della libertà di continuare a praticare la meditazione, ad adire le corti nazionali e, successivamente, quella europea per vedere riconosciuta la tutela della propria libertà religiosa negata. Ancora prima di rappresentare il tassello di un determinato assetto politico-costituzionale la dimensione religiosa è un fatto umano, privato, sottolineerà la Corte: *"one of the most vital elements that go to make up the identity of believers and their conception of life"*[5], al quale viene riconosciuta, poi, ampia possibilità di espressione in forma comunitaria. Nel corso di un programma televisivo nel quale vengono divulgati particolari concernenti il caso qui esaminato, viene anche intervistato il medico che ha avuto in cura, nell'ospedale di Vilnius, la protagonista. Il medico descrive il comportamento della ragazza nel raccontare della propria adesione al Centro di meditazione collegato al Movimento di Osho come quello tipicamente reticente, proprio di chi appartiene ad una setta, e così si difende in giudizio, sostenendo di aver cercato di indurre nella paziente psichiatrica una *critical attitude* nei confronti delle proprie convinzioni religiose, necessaria per confermare una certa apertura al pluralismo ed al rispetto della libertà e della indipendenza personale nella formazione delle proprie convinzioni etico-spirituali. La Corte di Appello di Vilnius, infatti, nell'accogliere le motivazioni del medico curante non ritiene sia stato violato l'art. 9 della CEDU, perché il riconoscimento del diritto di libertà religiosa in Lituania prevede la sua compressione per motivi di salute. La corte locale ritiene[6], inoltre, che non vi sia stata una violazione dell'art. 7 del *Law and Mental Health Care* il quale stabilisce che i pazienti non subiscano trattamenti discriminatori in ragione del loro stato di salute[7], e che sia loro consentito l'esercizio della libertà religiosa e della pratica del culto.

---

[4] *Ivi,* n. 109. Questa la dichiarazione della ricorrente a proposito del suo rapporto con la pratica della meditazione: «Meditation is for me a way to learn about myself and the world, and on the basis of that understanding and by deepening it, to open myself to peace, joy, truth and love. Today meditation for me is a means to reduce emotional, spiritual and psychological tension and stress, to understand the reasons behind unhappiness, including by learning how to avoid it, meditation allows me to live a more conscious life and one which is fully [FULL?]of joy», *ivi*, n. 21.

[5] ECHR, *Mockuté v. Lithuania*, 27 february 2018, n. 117.

[6] ECHR, *Mockuté v. Lithuania*, 27 february 2018, n. 50: «The Court of Appeal found that "the doctors' attempts to get the applicant to form a critical attitude towards her religious convictions did not mean that [the applicant's] religious freedom had been breached».

[7] The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities, firmata dalla Lituania nel marzo del 2007, e ratificata nel 2010, dove si prendono in considerazione le difficoltose condizioni di chi, essendo portatore di disabilità, rimane soggetto a diverse forme di discriminazione "*on the basis of race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national, ethnic, indigenous or social origin, property, birth, ageor other status*", in: *https://www.un.org/development/desa/disabilities/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities.html*.

I giudici di Strasburgo evidenziano, al contrario, come, a seguito di alcune perizie mediche, viene documentato che la paziente non si sia trovata effettivamente in pericolo di vita e che, quindi, non esistevano le ragioni di urgenza che, scientificamente e quindi anche giuridicamente, giustificassero gli interventi terapeutici forzosi cui nei fatti la paziente è stata sottoposta contro la sua volontà. La condanna decisa dalla Corte europea per la violazione della libertà religiosa della ricorrente si fonda sul biasimo verso il comportamento di un soggetto pubblico quale è l'Ospedale di Vilnius per avere, con le sue decisioni terapeutiche restrittive, in qualche modo "punito" la paziente per il solo fatto di praticare *"religious beliefs which have not been recognised by the State"*[8]. L'atteggiamento del medico curante viene, perfino, definito come *"unsympathetic"*[9] rispetto alle credenze della paziente ricorrente, perché esprime, senza troppe remore direi, un consapevole atteggiamento di pregiudizio nei confronti di scelte spirituali non ortodosse, che inficia la valutazione obiettiva della patologia psichiatrica, trasformando il medico in una sorta di censore pubblico di scelte insindacabili di foro interno. La Corte ritiene, infatti, che le espressioni usate per indicare le associazioni vicine al Movimento Osho, *"sects or psycho-sects"*, producono una serie di conseguenze negative su di queste, e, nel caso di specie, costituiscono un'interferenza indebita nel diritto della ricorrente a manifestare la propria credenza o religione ed al rispetto verso la propria atipica scelta spirituale[10].

2. Lo Stato laico e la diversificazione spirituale

Quest'ultimo passaggio della sentenza, in verità, suscita interesse perché centra il punto dolente dell'intera questione, ossia l'esistenza di una visione debolmente laica del fenomeno religioso in Lithuania e i suoi inevitabili risvolti pregiudizievoli nei confronti della libertà religiosa. Per comprendere bene la posizione del medico, ai confini tra esercizio della professione medica ed abuso e, quindi, la decisione di assoluzione della Corte di Appello lituana, va osservata anche la posizione del Governo lituano, chiamato in causa perché l'ospedale psichiatrico di Vilnius è pubblico. La difesa del governo invita la Corte a valutare la questione sotto una lente che non è solamente giuridica, ma piuttosto storica, utilizzando argomenti di natura storico-politica quasi per

---

[8] ECHR, *Mockutė vs. Lithuania*, cit., n. 121.

[9] *Ivi*, n. 123.

[10] *Ivi,* n. 125.

creare una sorta di giustificazione per la violazione compiuta ai danni della ricorrente, compiuta nel nome di valori patriottici religiosamente orientati, la cui esaltazione in questo contesto aggrava il rischio concreto che si conceda la possibilità di fare scelte che rendano la maggioranza (cattolica lituana) *"more comfortable",* operando di fatto una discriminazione tra le credenze religiose rappresentate da forze numeriche disomogenee. La radicata identificazione culturale con il credo religioso, così come il tributo di riconoscenza riconosciuto alla chiesa cattolica per avere accompagnato il paese baltico nella vicenda complicata della sua indipendenza dalla Unione Sovietica[11], impedisce, in Lituania, il fluido attecchimento di confessioni di minoranza e, in particolare, di quei culti minoritari di difficile identificazione, specialmente se ancora non hanno ottenuto il riconoscimento ufficiale che ne avalli l'assestamento nel tessuto sociale, come è accaduto al Movimento cui appartiene la protagonista. Riaffiorano in questa sede i problemi nascenti dal percorso di diversificazione tra la spiritualità[12], come slancio dell'anima verso la dimensione trascendentale e la religione come incarnazione sociale storicamente istituzionalizzata della spiritualità[13].

---

[11] Si legge a chiare lettere in una sentenza della Corte di Strasburgo coeva a quella esaminata: *«Catholicism was the religion of a very big part of the Lithuanian population and (that) the use of its most important symbols in the advertisements, which distorted their meaning, offended the feelings of religious people»,* ECHR, *Sekmadienis Ltd. v. Lithuania*, 30 aprile 2018. Sulla questione del legame forte tra religione cattolica e simbolismo politico nei paese dell'est Europa si vedano: Michael Bordeaux, *The politics of religion in Russia and the new States of Eurasia, Preface* di Karen Dawisha, Bruce Parrott, M. E. Sharpe, New York, 2015; Marjorie Mandelstam Balzer, *Religion and politics in Russia*, M.E. Sharpe, New York, 2009; Giovanni Codevilla, *Chiesa e Impero in Russia. Dalla Russia di Kiev alla Federazione Russa*, Jaca Book, Milano, 2011, in particolare p. 585. Interessante per comprendere meglio il legame forte tra *Sacerdotium* ed *Imperium* nelle terre balcaniche che si sviluppa in un clima poco liberale nei confronti delle confessioni religiose assoggettate al potere politico, è il recente studio di Giovanni Codevilla, *La Chiesa Ortodossa Russa e le riforme dell'inizio del XX secolo,* in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*. Rivista telematica *(www.statoechiese.it*), n. 22 del 2019, sebbene si parli delle vicende che hanno avuto per protagonista la Chiesa Ortodossa, in particolare si vedano: p. 2 nota 1, pp. 5-6.

[12] Spiritualità come attitudine dell'essere umano verso la dimensione spirituale. Vedi per una visione preconciliare del tema Michele Federico Sciacca, voce *Spiritualismo,* in *Enciclopedia Cattolica*, vol. XI, pp. 1153-1159. Dopo il Vaticano II si modifica l'approccio al tema. Tra le molte letture possibili sulla spiritualità come alternativa alla religione tradizionale si vedano: Luigi Negri, *Cristianesimo e senso religioso*, in *Communio*, 52, 1980, pp. 21-37; Guido Sommavilla, *Il nichilismo europeo post-cristiano matrice delle religioni alternative,* in *Communio*, cit., in particolare p. 63; Vincenzo Paglia, *Il Cristianesimo e le altre religioni. Riflessioni sul cammino post-conciliare*, in *Communio*, 213, 2007, pp. 19-27; Benedetto XVI**,** Lettera Enciclica *Fides et Ratio*, 14 settembre 1998, nn. 5, 37, 85, in: *http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/it/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_14091998_fides-et-ratio.*html; si esaminino le considerazioni di Giovanni Paolo II su religione e spiritualità in Carlo Cardia, *Karol Wojtyła: vittoria e tramonto*, Donzelli Editore, Roma, 1994, pp. 39-70.

[13] Religione, il vocabolo semanticamente pluralistico per eccellenza, tenta di descrivere in sintesi l'innato bisogno o facoltà dell'uomo di creare, o interpretare, il legame con le potenze superiori, e

In tale contesto è, quindi, inevitabile che riemergano interrogativi, mai realmente soddisfatti, su quale sia la differenza reale che intercorre tra la pura spiritualità e l'opzione religiosa concretamente legata ad una confessione, e quale sia, di conseguenza, la qualificazione giuridica di una confessione religiosa, non esistendo un precetto che ne determini le caratteristiche[14]. Il concetto collettivo di fede sembra godere di una protezione più ampia, supportata da una tradizione religiosa che si innesta al tessuto culturale lituano[15], fino a generare un'identificazione tra cittadinanza e religione tradizionale, la cui tutela rappresenta per la Corte un *"pressing social need"* cui spesso la Corte ricorre per giustificare la legittimità di restrizioni connesse all'esigenza di preservare la pace religiosa/sociale, invece che alla concreta esigenza di garantire l'altrui religiosità, di fatto rivelando una strumentalizzazione politica delle sue decisioni[16]. Non si può, inoltre, non ripensare al *"living together as a legitimate*

---

i misteri della vita e della morte. Impossibile in questa sede una soddisfacente e completa rassegna bibliografica sul tema. La nostra tradizione occidentale è fortemente permeata dal pensiero tomistico su questo tema. La ragione umana, secondo San Tommaso, *"propter defectos quos in seipso sentit*", induce l'uomo a sottoporsi ad un Essere superiore dal quale farsi dirigere. Sancte Tomae de Aquino, *Summa theologiae*, IIª II□, q. 85, a.1, e a creare un ordine che si riferisce a Dio: *"religio proprie importat ordinem ad Deum",* q. 81, a. 1 in: *www.corpusthomisticum.org*. Vedi anche HEnry Pinard de la Boullaye, voce *Religione*, in *Enciclopedia Cattolica*, vol. X, pp. 699-739. «Religione è un sistema unificato di credenze e di pratiche e riti relative a cose sacre, cioè separate (dalla vita comune). Tali credenze e pratiche unificano tutti quelli che vi aderiscono in una singola comunità morale chiamata chiesa», Émile Durkheim, *Le forme elementari della vita religiosa*, (1912) traduzione italiana a cura di Massimo Rosati**,** Mimesis, Milano-Udine, 2013, p. 85. Ancora in sintesi sulla definizione di religione: Giovanni Filoramo, *Religione* in *Dizionario delle religioni*, Einaudi, Torino, 1993, p. 620; Michael Stausberg, Steven Engler**,** *The Oxford Handbook of the Study of Religion*, Oxford University Press, Oxford, 2016, p. 14.

[14] Indicazioni sul tema sono fornite dal Consiglio di Europa, *EU Guidelines on the promotion and protection of freedom of religion or belief,* 24 june 2013, in: *https://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/EN/foraff/137585.pdf*. Arduo sintetizzare la letteratura sul tema, *ex multis*: Raffaele Botta, *Confessioni religiose (profili generali*), in *Enciclopedia Giuridica*, vol. VIII, Treccani, Milano, 1998, pp.1-8; Nicola Colajanni, *Confessioni religiose e intese. Contributo all'interpretazione dell'art. 8 della Costituzione,* Cacucci Editore, Bari, 1990; Id., *Confessioni religiose*, in *Enciclopedia del diritto*, Agg. IV, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 363-379; Id., *Gli elementi essenziali delle religioni nella giurisprudenza costituzionale,* in *http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wpcontent/uploads/2015/11/colaianni.pdf*; Germana Carobene, *Scientology tra religione e sanzione,* Liguori Editore, Napoli, 2012, in particolare sulla nozione di confessione religiosa e di setta pp. 18-22 e bibliografia citata in nota; Silvio Ferrari, *La nozione giuridica di confessione religiosa (come sopravvivere senza conoscerla),* in AA. VV., *Principio pattizio e realtà religiose minoritarie*, a cura di Vittorio Parlato, Giovanni Battista. Varnier, Giappichelli, Torino, 1995, pp. 20-24 e p. 30.

[15] Sul forte legame tra religione e cultura giuridica di un paese con si vedano le ricche considerazioni di Antonio Fuccillo, *Le proiezioni collettive della libertà religiosa*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*.Rivista telematica *(www.statoechiese.it),* n. 18 del 2019, in particolare pp. 3-4.

[16] Claudia Morini, *Blasfemia e tutela della pace religiosa: i limiti alla libertà di espressione in un recente caso davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo,* in *Rivista di diritto dei media*, 1, 2019, p. 297.

ground for the restriction of fundamental rights" della sentenza Brems contro Francia[17] quando si registra, nei fatti narrati, il prevalere, in Lituania, di una mentalità cristiana che ha, in sostanza, ostacolato il diffondersi delle sette di minoranza. Il problema ha origini più remote nella paura generata dalla comparsa, e la conseguente diffusione, di espressioni di religiosità sostanzialmente e formalmente differenti dalla consolidata tradizione maggioritaria. I paesi occidentali allarmati, soprattutto, per gli avvenimenti criminali degli anni 60, si sono trasformati in terreno fertile per la diffusione nell'opinione pubblica di un atteggiamento di ostile diffidenza nei confronti di adepti e dottrine eterodosse, atteggiamenti che si sublimano nell'elaborazione di una etimologia denigratoria, sette religiose, che evoca una presunzione di pericolosità sociale ai limiti del crimine[18]. Il fenomeno, che in realtà numeri alla mano non registra una crescita esponenziale corrispondente all'allarmismo che lo circonda, è divenuto, però, oggetto di analisi scientifica sotto diversi profili, da quello sociologico e teologico a quello giuridico. È stata interrogata la dottrina penalistica sull'opportunità di positivizzare una nuova forma di reato psicologico, ovvero il *brainwashing*[19], pratica che si è ritenuto fosse comunemente utilizzata dalla nuove comunità religiose per adescare adepti ed impedirne la libera fuoriuscita dal gruppo. Tale etichetta però, considerata alla fine di valutazioni pluridiscipli-

---

[17] ECHR, *Eva Brems, S.A.S. vs. France as a problematic precedent*, in: *https://strasbourgobservers.com/2014/07/09/s-a-s-v-france-as-a-problematic-precedent/#more-2495*: "is in my opinion the one that best reflects the real reason why so many people are in favour of such bans, i.e. the fundamental unease of a large majority of people with the idea of an Islamic face veil, and the widespread feeling that this garment is undesirable in "our society"».

[18] Ma il furore antisettario perduto vigore in terra statunitense si è riattivato in Europa e Giappone, a seguito di altri episodi di cronaca nera legati ai nuovi movimenti religiosi. Sulla problematica della libertà religiosa, del rapporto parlamentare francese e delle misure amministrative anti-sette proposte oggi in Europa, vedi lo studio di Giovanni Cantoni, Massimo Introvigne, *Libertà religiosa, "sette" e "diritto di persecuzione"*, in *Cristianità*, 1996, p. 160; e Massimo Introvigne, *Il fantasma della libertà. Le controversie sulle "sette" e i nuovi movimenti religiosi in Europa*, in *Cristianità,* 264, 1997, pp. 13-26; sui movimenti anti-sette nel contesto del passaggio dall'epoca moderna a quella postmoderna, vedi Id., *Il sacro postmoderno. Chiesa, relativismo e nuova religiosità*, Gribaudi, Milano, 1996; e Id., *La questione della nuova religiosità. In appendice la relazione generale al Concistoro Straordinario del 1991 di S. Em. Il card. Francis Arinze*, in *Cristianità*, 1993; nonché – quanto alle problematiche psichiatriche sollevate – Ermanno Pavesi, *La psichiatria e i movimenti anti-sette*, in *Cristianità*, 263, 1997, pp. 7-21, consultabile all'indirizzo: *https://www.cesnur.org/testi/Psichiatria.html*.

[19] Massimo Introvigne, *"Il plagio non esiste",* consultabile all'indirizzo: *http://www.magzine.it/sette-massimo-introvigne-il-plagio-non-esiste/*, del 27 novembre 2018, l'Autore, profondo conoscitore e studioso del fenomeno dei nuovi movimenti religiosi, in una recentissima intervista, sottolinea l'obsolescenza del concetto di *brainwashing,* ed esclude, ancora una volta, che vi siano gruppi religiosi che "costituzionalmente" siano dediti alla commissione di reati. Sulla tecnica del "lavaggio del cervello" si veda tra molti: James T. Richardson**,** *Classical and Contemporary Application of Brainwashing Models. A Comparison and Critique,* in David G. Bromley e James T. Richardson (a cura di), *The Brainwashing/Deprogramming Controversy. Sociological, Psychological, Legal and Historical Perspectives*, Mellen, New York e Toronto, 1983, pp. 29-45.

nari priva di qualsiasi fondamento scientifico e, semmai, rappresentativa solo di un atteggiamento pregiudizievole, ostile, sintomo di un eccesso emozionale nell'approccio al problema, venne sostituita con altri termini e fattispecie, quali la manipolazione mentale o la persuasione coercitiva, che al vaglio di alcuni tribunali non configurerebbero neppure ipotesi di reato. La setta viene vissuta come altro da sé ma in senso dispregiativo, perché esprime un giudizio di valore che non può trovare accoglienza in un ordinamento pluralista che si sforza di dialogare con tutte le forme di religiosità, anche con i cosiddetti nuovi movimenti religiosi, tenuto conto del fatto che molti di questi sono delle realtà esistenti da tempo, ma nuova è solo la loro apparizione e la conseguente diffusione nell'emisfero occidentale. Questo dialogo fluente secondo la cifra della laicità pluralista[20] presuppone una disposizione quanto meno di assenza di giudizio.

Il problema della gestione delle conversioni alle cosiddette sette non poteva essere gestito in forma privata, ma i familiari delle supposte vittime richiedevano un intervento terzo da parte dello Stato che si prendesse carico della soluzione giuridica della faccenda, fino a quel momento risolta, più che altro, con interventi privati, ai limiti della opportunità scientifica e della legalità stessa[21].

Lo Stato laico è stato così chiamato a distruggere quella logica amico-nemico che ancora può alimentare in Europa la cultura del razzismo, rischio sociale esiziale, così come il fondamentalismo, che si serve dell'ipertrofia di nuove espressioni di spiritualità e segnala con clamore comportamenti individuali, o di gruppo per gettare discredito e utilizzare le "sette" come pretesto per campagne che mirano a restringere la sfera della libertà religiosa e associativa, e dilatare i poteri di controllo dello Stato sulle religioni.

L'affermazione storico e culturale di una confessione religiosa non può e non deve in alcun modo vanificare la libertà di scelte diverse, né l'eventuale massiccio riferimento culturale a una religione – come accade nel contesto geoculturale teatro della sentenza – può trasformarsi in infrazione alla libertà religiosa di chi è ed ha scelto altro.

---

[20] Cesare Mirabelli, *Prospettive del principio di laicità dello Stato,* in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2001, p. 331 ss; Leopoldo Elia, *A proposito del principio di laicità dello Stato e delle difficoltà di applicarlo*, in *Studi in Onore di Giorgio Berti*, II, Jovene, Napoli, 2005, p. 1063 ss.; Silvio Ferrari, *Laicità asimmetrica*, in *Il Regno*, 6, 2006, 6, p. 200 ss; Nicola Colajanni, *Eguaglianza e diversità culturali e religiose. Un percorso costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2006; Paolo Cavana, *Modelli di laicità nelle società pluraliste. La questione dei simboli religiosi nello spazio pubblico*, in *Archivio Giuridico*, 2006, p. 515 ss.

[21] Si pensi alle squadre dei cosiddetti "deprogrammatori" che agivano in violazione della libertà dei soggetti aderenti alle nuove comunità religiose, i quali venivano rapiti e sottoposti a trattamenti per così dire di disintossicazione spirituale. Le ricerche prodotte dalla società americana di psicologia (*American Psychological Association*) confermano l'inconsistenza scientifica delle attività di deprogrammazione.

Paradossalmente nella vicenda di Vilnius la manipolazione mentale di fatto viene esercitata dal medico curante nei confronti della paziente nel tentativo ingiustificabile, sotto il profilo medico scientifico perché attuato in assenza di prove, di costringerla a mutare il proprio orientamento religioso ritenuto la causa principale dei suoi problemi di salute. Si è verificato un abuso della posizione medica e delle condizioni psichiche della povera ragazza incapace di opporsi ai suoi custodi e di difendere le proprie convinzioni, atteggiamento che ha nutrito la convinzione dei medici che fosse proprio il peculiare orientamento religioso a provocarle il *mental disorder*: *"The applicant had not been able to resist the psychiatrists at the hospital because refusing to talk to them or disagreeing with their statements about the Ojas Meditation Centre or their instructions to stop meditating had been treated as signs of mental illness*"[22]. Di parere diametralmente opposto i giudici di minoranza, nella *dissenting opinion*, affermano che fosse assolutamente legittimo[23] il regime psichiatrico, cui è stata sottoposta la ricorrente – le cui lamentele sull'eccesso di cura non possono essere accolte poiché, a volte, anche un rischio meno serio di quello della vita può rappresentare uno stato di necessità tale da giustificare interventi terapeutici forzosi[24].

Il grave episodio di Vilnius evoca tempi, in fondo non troppo risalenti, in cui è stata prassi abusata reprimere un dissenso politico, o anche religioso, con lo strumento della criminalizzazione o della medicalizzazione forzata[25]. La storia è troppo spesso segnata dal respingimento brutale di stravaganze comportamentali che sono state considerate intollerabili deviazioni dalle norme sociali e religiose condivise dalla maggioranza, atteggiamenti di anarchica ribellione che, insinuando dimensioni sconosciute dell'esistenza andavano soppresse, e continuano a venir soppresse in nome di una religione o di una volontà politica dominanti[26].

---

[22] ECHR, *Mockutė vs Lithuania*, cit., n. 22.

[23] ECHR, *Mockutė vs Lithuania*, cit., dissenting opinion, n. 15.

[24] ECHR, *Mockutė vs Lithuania*, cit., nn. 10-13.

[25] Questo è quanto accadeva soprattutto intorno al XVIII secolo in Francia prima della medicalizzazione del concetto di follia e l'apertura di ospedali specializzati trasformando la *pietas cristiana* in terapie mediche, vedi Gregory Zilboorg, George W. Henry, *Storia della psichiatria*, Nuove Edizioni Romane, Roma, 2001, p. 293.

[26] Sul tema della follia come esperienza di diversità dalla norma, dalla maggioranza e come conseguente emarginazione si legga un classico edito nel 1961: Michel Foucault, *Storia delle follia nell'età classica*, traduzione italiana a cura di Franco Ferrucci, *Prefazione* e *Appendici* a cura di Emilio Renzi, Vittore Vezzoli, Biblioteca Universale Rizzoli, Milano, 2011, ed. digit. 2012. Dal medioevo all'età moderna si registra l'uso dell'inquisizione, esperienza prevalentemente ecclesiastica che si avvale della cooperazione statale, come strumento avente natura giuridico-teologica di persecuzione di dottrine e movimenti eretici. Tra la copiosa letteratura storio-giuridica di riferimento si rinvia a:

3. Le declinazioni giuridico-razionali e spirituali del concetto di salute

La triste vicenda studiata in queste pagine contiene numerose suggestioni che inducono chi scrive a riflettere sulla inevitabile fluidità della categoria giuridica del bene salute, in virtù della sua continua evoluzione come concetto polisemantico e strettamente legato anche alle evoluzioni di fattori esterni, culturali, sociali ed economici. L'uomo è "luogo" di unità e di incontro, il cui benessere può estendersi dalla dimensione privata personale a quella familiare includendo quella sociale, con un effetto domino la cui incidenza benefica non può essere sottovalutata.

Gli stessi profili di deontologia medica prevedono un limite all'accanimento del sanitario che è tenuto ad astenersi dall'ostinazione terapeutica in qualsiasi trattamento da cui non si possa attendere un beneficio per la salute del paziente e/o un miglioramento della qualità della vita[27]. La vita umana necessita costantemente di cure adeguate sia di tipo familiare e fraterno, sia di tipo organizzato e professionale, ha, quindi bisogno di ambienti adeguati, vivibili, meglio ancora che favoriscano in ottica non solo edonica ma soprattutto eudaimonica il progressivo sviluppo di condizioni di benessere generale, idea che comprende un insieme stratificato di relazioni sociali gratificanti[28], tra le quali hanno posto di rilevante importanza quelle religiosamente orientate.

Studi condotti da Università americane hanno, ad esempio, registrato una indiscutibile influenza positiva sul percorso terapeutico di pazienti che hanno la possibilità di accedere liberamente alle pratiche cultuali[29]. È probabile che

---

di Mario Ascheri, *Streghe e 'devianti': alcuni 'consilia' apocrifi di Bartolo da Sassoferrato*, in Id., *Diritto medievale e moderno. Problemi del processo, della cultura e delle fonti giuridiche*, Maggioli, Rimini, 1991, pp. 81-99; Adriano Prosperi, *L'Inquisizione romana. Letture e ricerche*, Edizioni di Storia e Letteratura, Roma, 2003, in particolare *Introduzione*, pp. XXII-XXVI e sulle ipotesi attorno alla stregoneria perseguita dall'Inquisizione pp. 377-397 e pp. 418-421; John Martin, *L'Inquisizione Romana e la criminalizzazione del dissenso religioso a Venezia all'inizio dell'età moderna*, traduzione italiana a cura di Marina Bocconcelli, in *Quaderni storici*, vol. 22, n. 66 (3), *Fonti criminali e storia sociale* (dicembre 1987), pp. 777-802.

[27] Codice di deontologia medica, art. 16, in: *https://portale.fnomceo.it/wp-content/uploads/2018/03/CODICE-DEONTOLOGIA-MEDICA-2014.pdf*.

[28] Marco Ingrosso, *Verso nuove definizioni di salute e cura del bene comune*, consltabile all'indirizzo: *http://www.aiems.eu/files/6_ingrosso.pd*f, p. 58.

[29] Josephina Lujan, Howard B. Campbell, *The Role of Religion on the Health Practices of Mexican Americans*, in *Journal of Religion and Health*, 45, 2, 2006, pp. 183-195; Preston L. Schiller, Jeffrey S Levin, *There a religious factor in health care utilization?: a review*, in *Social Science & Medicine,* 27, 1988, pp. 1369-1379; Mark Brady, Amy Peterman, George Fitchett, May Mo, Davis Cella, *A case for including spirituality in quality of life measurement in oncology*, in *Psycho-oncology*, 8, 1999, pp.417-428**;** Lisa Miller, Prya Wickramaratne, Marc J. Gameroff, Marc Sage, Craig E. Tenke, Myrna M. Weissman, *Religiosity and Major Depression in Adults at High Risk: a Ten-Year Prospective Study*, in *American Journal of Psychiatry*, January 2012, su: *https://www.ncbi.nlm.nih*.

bisogna concentrarsi più che sul concetto di salute, che tutto sommato rappresenta il traguardo finale, non sempre oltretutto raggiungibile, su quello di cura come percorso di guarigione che al ripristino dello stato di salute conduce. "Curare i malati non è semplicemente l'asettica applicazione di farmaci e terapie appropriate. Neppure il suo significato primigenio si limita a cercare il recupero della salute. Il verbo latino "curare" vuol dire: assistere, preoccuparsi, prendersi cura, farsi responsabili dell'altro, del fratello"[30]. Nella sua forma più antica cura in latino si scriveva *coera* ed era usata in un contesto di relazioni di amore e di amicizia. Esprimeva l'atteggiamento di premura, vigilanza, preoccupazione e inquietudine nei confronti di una persona amata o di un oggetto di valore. L'idea di cura nasce, in verità, ancor prima in Grecia tra il VI e il II secolo a.c, quando Ippocrate, prima e, soprattutto, Galeno, strappano al mito la malattia, qualificandola come fatto naturale che va affrontato con mezzi umani. Tale visione olistica della salute e della malattia, come costante equilibrio di elementi, attribuisce rilevanza all'armonia con l'ambiente in cui si vive e, cavalcando due millenni, giunge fino ad oggi come elemento imprescindibile di valutazione diagnostica e terapeutica. Resta, comunque, in vita il legame profondo con il mondo spirituale, magico ed esoterico. Il Cristianesimo rappresenta la vera svolta in questo senso, perché sembra mutare anche ontologicamente la visione dell'altro, non è più estraneo ma fratello. Ed

---

gov/pubmed/21865527/; Lisa Miller, Ravi Bansal, Craig E. Tenke, Xuejun Hao, *Neuroanatomical correlates of religiosity and Spirituality. A study in adults and high and low risk for depression*, in *American Journal of Psychiatry*, December 2013, in: *https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3921896/*, e bibliografia specialistica *ivi* citata: «The importance of religion or spirituality therefore likely reinforces persons who are at greater familial and neuroanatomical risk for developing depression against actually becoming ill by providing reserve in the regions within the endophenotype and in the mirror-image locations. The importance of religion or spirituality appears to confer a neuroanatomical resilience in those who are otherwise predisposed to developing depressive illness»; Larissa Portnoff, Clayton McClintock, Elsa Lau, Simon Choi, Lisa Miller, *Spirituality cuts in half the relative risk for depression: Findings from the United States, China, and India. Spirituality in Clinical Practice,* 4,1, 2017, pp. 22-31; Jacek Prusak, *Differential diagnosis of "Religious or Spiritual Problem"- possibilities and limitations implied by the V-code 62.89 in DSM-5,* in: *http://www.psychiatriapolska.pl/uploads/images/PP_1_2016/ENGver175Prusak_PsychiatrPol2016v50i1.pdf*, in particolare p. 177: «Studies have shown that a lot of people who have undergone traumatic experiences are seeking help in spirituality, seeing it as an important resource. Positive ways of coping with problems (e.g. by developing a supportive relationship with God, seeking spiritual relationships and support) correlated with improved mental health and increased posttraumatic growth. The fact of taking into account the spiritual and religious issues in psychotherapy and their proper diagnosis are particularly evident in the work with so-called "religious patients", who often anticipate the negative attitude of the therapist to their religion, expecting a rejection of their religious beliefs, and prefer to seek help in the place where they feel understood and accepted». Dello stesso avviso Antonio Fuccillo, *Diritto, religioni, culture: il fattore religioso nell'esperienza giuridica*, 2ª. ed., Giappichelli, Torino, 2018, p. 359.

[30] Francesco, *Discorso del santo Padre ai partecipanti al IV seminario sull'etica nella gestione della salute*, 1-2 ottobre 2018, in: *http://w2.vatican.va/content/francesco/it/speeches/2018/october/documents/papa-francesco_20181001_etica-salute.html*.

è proprio l'assistenza al fratello sofferente che diventa uno dei punti centrali della fede cristiana: opera di misericordia per il semplice credente, imperativo morale e obbligo sancito da chiare e definite regole, per il ministro di culto[31], impulso che dà origine alle prime forme di assistenza ospedaliera in epoca medievale. Ma all'interno di un ospizio medievale si trovavano, però, solo cristiani e il problema della libertà religiosa non si è posto. Tornando velocemente ai nostri giorni e al tentativo di definire l'idea di cura, di grande impatto trovo sia anche la posizione del nostro Consiglio di Stato che riprende la Cassazione nella sentenza del 2 settembre 2014 in cui si proclama che la cura "non è un principio autoritativo. Un'entità astratta, oggettivata, misteriosa o sacra, calata o imposta dall'alto, di un sapere scientifico o men che mai di un'opzione ideologica politica (…)"[32]. Continuano ancora i giudici di Palazzo Spada: "Di fronte al rifiuto della cura da parte del diretto interessato, ha chiarito ancora la Cassazione, c'è spazio – nel quadro della c.d. "alleanza terapeutica", che tiene uniti il malato ed il medico nella ricerca, insieme, di ciò che è bene rispettando i percorsi culturali di ciascuno – per una strategia della persuasione, perché il compito dell'ordinamento è anche quello di offrire il supporto della massima solidarietà concreta nelle situazioni di debolezza e di sofferenza; e c'è, prima ancora, il dovere di verificare che quel rifiuto sia informato, autentico ed attuale"[33].

Quella critica pesante che la Corte di Strasburgo rivolge al medico psichiatra di Vilnius di essere *"unsympathetic"* nei confronti delle istanze della paziente mi induce a collegare il dovere di cura e il corrispettivo diritto alla salute con il nesso della solidarietà che deve connettere entrambe le posizioni, perché facenti capo a soggetti che sono partecipi della medesima comunità, "nel senso che la subordinazione di un interesse all'altro interesse concreto è consentita fin dove essa non urti contro quella solidarietà, che non si realizza nella comunità senza prima realizzarsi nel nucleo costituito dai soggetti del rapporto giuridico"[34], così che la cura può diventare un'espressione concreta di solidarietà.

La nostra carta costituzionale, ad esempio, giuridifica il dovere di solidarietà che si erge di fronte ai diritti inviolabili della persona consentendone la

---

[31] CEI, *Catechismo della Chiesa Cattolica*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1992, paragrafi 1722-1729, p. 445.

[32] Consiglio di Stato, *sentenza* 2 settembre 2014 n. 4460, n. 43.2.

[33] *Ivi*, n. 43.5

[34] Francesco Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, IX ed., Jovene, Napoli, 1989, p. 76. Secondo l'Autore «il contenuto del diritto soggettivo è determinato dal principio di solidarietà fra i due soggetti del rapporto».

realizzazione. L'art.2 della Costituzione italiana non postula infatti un generale e generico principio di solidarietà ma afferma che nel riconoscere i diritti inviolabili (dell'uomo), "la Repubblica (…) richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale". Questi doveri costituiscono il versante deontologico dei diritti inviolabili e una componente del principio personalistico su cui si fonda la nostra democrazia e che è impresso nel diritto di "essere assistito e curato con premura e attenzione, nel rispetto della dignità umana e delle proprie convinzioni filosofiche e religiose"[35]. La completa realizzazione di questo tipo di assistenza, che tiene conto della complessa articolazione degli interessi esistenziali di un essere umano può, più facilmente, condurre alla guarigione.

La Corte di Strasburgo si trova ad affrontare un problema di salute molto particolare, la salute mentale e ricorda che esiste in Europa un'efficace normativa internazionale in materia discriminazioni nei confronti di persone colpite da disabilità fisiche ma anche psichiche che l'Ospedale di Vilnius sembra proprio aver ignorato in questa vicenda e che, invece, dimostrano quale sensibilità sia stata sviluppata in casi come quello ad esame, con l'obiettivo di garantire il maggio grado di *wellness* in tutte le diverse condizioni di salute. In sentenza viene richiamata *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, firmata dalla Lituania il 30 marzo del 2007, e ratificata il 18 agosto 2010, dove si prendono in considerazione le difficoltose condizioni di chi, essendo portatore di disabilità, rimane soggetto a diverse forme di discriminazione *"on the basis of race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national, ethnic, indigenous or social origin, property, birth, ageor other status"*[36]. La Convenzione, ed i suoi successivi protocolli esecutivi, nonché i diversi *reports* sulla sua reale applicazione, pongono in crisi i tradizionali metodi terapeutici per pazienti affetti da *"psychosocial disabilities"*[37], inducendo ad un ripensamento critico del *"current biomedical model"*[38] che andrebbe sostituito da modelli alternativi che, come recita la Convenzione, abbiano uno *"strong focus on human rights, experiences and relationships(…)"*[39]. Viene anche citata la Raccomandazione 1235 (1994) del

---

[35] Cfr. D.P.C.M. 19 maggio 1995, *Schema generale per la Carta dei servizi pubblici sanitari*, art. 1, all. n. 7.

[36] The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD), *Preamble l.* in: *https://www.un.org/development/desa/disabilities/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities.html*.

[37] ECHR, *Mockuté v. Lithuania*, 27 February 2018, n. 74.

[38] *Ibidem*.

[39] *Ibidem*.

Consiglio d'Europa *on psychiatry and human rights*, in cui si ribadisce l'urgenza di modificare i parametri di valutazione e terapia dei disordini psichiatrici, avendo premura di garantire ai pazienti coinvolti il pieno esercizio di tutti i diritti civili e politici, premessa che include, quindi, tra questi anche il diritto di libertà religiosa.

Va in crisi il "dogma" dell'autolegittimazione dell'attività medico-chirurgica, risultando la stessa di per sé legittima solo in quanto diretta alla tutela di un bene costituzionalmente garantito. Non si può più prescindere dal bilanciamento degli interessi in campo. Nei fatti che vi ho narrato, ad esempio, il vero *punctum dolens* di salute si nasconde nell'incomunicabilità, tra il medico e la sua fragile paziente, provocata dall'assenza di una predisposizione dall'ascolto, aggravata da una sovrapposizione di codici linguistici differenti, quello propriamente medico-scientifico, e quello culturale religioso personale del medico, che rivendica il diritto di giudicare la peculiare opzione spirituale della sua fragile paziente, rievocando lo spettro, ormai anche scientificamente rinnegato, del *brainwashing* che si nasconde dietro l'adesione ad una setta minoritaria[40]. Il trattamento terapeutico riservato alla paziente, in nome di un valore predominante sulla libertà della stessa di non aderire alla religione di maggioranza, sembra trasformarsi in un tentativo di medicalizzazione forzata del dissenso. In questa vicenda è, infatti, protagonista il fattore religioso come pericoloso fattore culturale di chiusura al pluralismo che invece è la cifra del nostro occidente secolarizzato.

Nel nostro paese, ad esempio, la Cassazione, con una sentenza del 2008[41], impone al medico di non attribuire alle sue valutazioni e decisioni una forza autonoma di giustificazione dell'intervento terapeutico, poiché il diritto alla salute, tutelato in Costituzione dall'art. 32, deve rapportarsi con un altro diritto di pari rango. Nei fatti chd hanno dato luogo alla pronuncia della Consulta era il diritto alla libertà personale ad essere qualificato come inviolabile, nei

---

[40] Mario Aletti, Claudia Alberico, *Tra brainwashing e libera scelta. Per una lettura psicologica dell'affiliazione ai Nuovi Movimenti Religiosi*, in: *https://www.cesnur.org/testi/aletti.htm*.

[41] Cassazione civile, Sez. III, *sentenza* n. 23676 del 15 settembre 2008. Si legge nella sentenza: «(...) va riconosciuto al paziente un vero e proprio diritto di non curarsi, anche se tale condotta lo esponga al rischio stesso della vita. Né pare seriamente contestabile quanto sostenuto da un'attenta dottrina in tema di consenso informato nella trasfusione di sangue, e cioè che, *in subiecta materia*, deve ritenersi diversa, rispetto ai casi ordinari, la fattispecie in cui sia il testimone di Geova, maggiorenne e pienamente capace, a negare il consenso alla terapia trasfusionale essendo in tal caso il medico obbligato alla desistenza da qualsiasi atto diagnostico e terapeutico. E ciò perché il conflitto tra due beni – entrambi costituzionalmente tutelati – della salute e della libertà di coscienza non può essere risolto *sic et simpliciter* a favore del primo, sicché ogni ipotesi di emotrasfusione obbligatoria diverrebbe per ciò solo illegittima perché in violazione delle norme costituzionali sulla libertà di coscienza e della incoercibilità dei trattamenti sanitari individuali».

fatti di Vilnius, invece, il diritto alla salute si scontra con il diritto alla libertà religiosa. In base al principio personalistico, ogni individuo ha il diritto di scegliere tra salvezza del corpo e salvezza dell'anima, tra il proprio credo e la cura, ciò posto si esclude che qualsiasi autorità statuale – legislativa, amministrativa, giudiziaria – possa imporre un trattamento sanitario contrastante con il precetto religioso, ferma restando l'"impredicabilità"[42] di dissensi e consensi *ex ante*, privi di qualsiasi informazione medico-terapeutica[43].

4. Medico e paziente coproduttori della guarigione

Ma cosa è la salute e dove si nasconde la salute, si chiedeva Gadamer in un celebre lavoro monografico del 1993. Forse agli antichi archetipi mitologici bisogna chiedere aiuto per ottenere risposte. Va riletto il mito delle figlie di Esculapio, il dio della medicina. Frequentare il tempio di Panacea, la dea di ogni rimedio possibile, ha portato a competenze, specializzazioni, relazioni, rapporti, finanziamenti e orientamenti riuniti in una rete organizzativa che crea procedure, protocolli, prestazioni, ma raramente produce dati certi sugli esiti della salute. Forse ora è il tempo di frequentare il tempio di Igea, la dea romana *Salus*, che più di sua sorella concede la salute, ma solo a chi previene

---

[42] *Ibidem*.

[43] Si ricordi, però che è previsto tra i limiti alla necessità di un consenso informato il caso del ricovero per i malati di mente nei casi previsti dagli artt. 33-35 della L. 23 dicembre1978, n. 833. Tra le norme europee di riferimento si vedano: la *Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina*, firmata ad Oviedo il 4 aprile 1997 e ratificata in Italia con la L 28 marzo 2001, n. 145, ha ribadito che «un trattamento sanitario può essere praticato solo se la persona interessata abbia prestato il proprio consenso libero ed informato» (art. 5); la *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, 3 che ha stabilito all'art. che «ogni individuo ha diritto alla propria integrità fisica e psichica» la quale si esplica, nell'ambito della medicina e della biologia, attraverso «il consenso libero e informato della persona interessata» a sottoporsi ad un determinato trattamento sanitario. Una delle prime formulazioni del diritto del paziente al rispetto della propria autonomia anche in ambito sanitario è quella del giudice Benjamin Cardozo, in una sentenza della Corte Suprema Americana del 1914: «Ogni essere umano adulto e capace di intendere e di volere ha diritto di decidere che cosa viene fatto al suo corpo", *Schloendorff vs. Society of New York Hospital*, 211 NY 129, 105 N. E 92, 95, 1914. Viene superato la visione incentrata su un "paternalismo benevolo", del medico che si evolve in un'autorità "democraticamente condivisa", e il paziente diventa corresponsabile della decisione terapeutica attraverso il consenso informato, vedi Sandro Spinsanti, *Riemergenza dei valori nell'ambito della salute,* in Marco Ingrosso, Ferdinando Montuschimi, Sandro Spinsanti, *Salute malattia,* Cittadella Editrice, Assisi, 1996, pp. 113-178, in particolare p. 132, consultabile su: *http://www.sandrospinsanti.eu/index.php/15-editoria/contributi/614-42riemergenzadeivalorinell-ambitodellasalute#sdfootnote15anc*. La letteratura italiana sul tema è assai copiosa, tra molti si veda Stefano Rodotà, *La persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione,* nonché Giovanni Marini, *Il consenso,* entrambi in Stefano Rodotà, Maria Chiara Tallacchini (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, in *Trattato del biodiritto*, diretto da Stefano Rodotà e Paolo Zatti, Giuffrè, Milano, 2010, rispettivamente p. 169 ss. E p. 361 ss.

lo stato di malattia. La salute non è dunque una qualità oggettiva misurabile ma un espediente esplicativo[44], non è un concetto o un esperienza evidenti. *Health, wellness*, *fitness*, sono tutte immagini che derivano dalla visione della salute come completo benessere psico-fisico standard e che esclude, di conseguenza, tutti coloro che non raggiungano uno stato di equilibrio, un essere nel mondo, un essere insieme agli altri uomini ed essere occupati attivamente e gioiosamente dai compiti particolari della vita[45]. A tal proposito non è sufficiente rimandare ad un unico prototipo di salute, la Psicologia clinica, ad esempio, non può servirsi di un modello medico universalizzato di analisi dei problemi ma ne deve elaborare uno proprio e autonomo, comprendente un tipico concetto di salute mentale[46]**.** Ricordandoci sempre, poi, che è il contesto culturale che contribuisce ampiamente a riempire di significati i segnali di malessere e aggiungerei di benessere[47]. La nostra epoca di migrazioni e richieste, più o meno esplicite di integrazione, è segnata dalla crisi del sistema sanitario di prestazioni tradizionali, dovuto non solo alla scarsezza di risorse economiche con la quale si deve far fronte ad una crescente diversificazione delle richieste, per ragioni culturali e religiose, verso cui, generalmente si è inesperti[48]. La salute e la malattia, da intime diventano infatti realtà sociali

---

[44] Alejandro R. Jadad, Laura O'Grady, *How should health be defined?,* in *British Medical Journal*, 337, 2008, consultabile su: *https://www.bmj.com/content/337/bmj.a2900*.

[45] Sabrina Cipolletta, *Dove si nasconde la salute, The enigma of Health*, in *Riflessioni Sistemiche* 15, 2016, consultabile online su: *http://www.aiems.eu/files/3_cipolletta.pdf*, p. 19. Hans Georg Gadamer, *Über die Verborgenheit der Gesundheit: Aufsätze und Vorträge, Suhrkamp*, Trad. italiana di Massimo Donati, in Andrea Grieco, Vittorio Lingiardi (a cura di), *Dove si nasconde la salute*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 1994, p. 122

[46] Tali spiegazioni però devono dimostrare una loro utilità e appropriatezza rispetto agli scopi conoscitivi e operativi degli ambiti clinici e sociali. Ciò non comporta che la diversificazione di valori, di ambienti culturali e di esperienze soggettive debba necessariamente condurre dentro quadri definiti e ulteriormente confrontabili fra loro. Si vuole però anche indicare la prospettiva di sviluppare una combinazione di tutte le risorse e professioni di cura in forme collaborative e integrate, all'interno di un equilibrio dinamico, così in Marco Ingrosso, *Verso nuove definizioni di salute e cura del bene*, in *Riflessioni sistemiche*, 15, 2016, consultabile online su: *http://www.aiems.eu/files/6_ingrosso.pdf*, p. 52.

[47] Giorgio Bert, Silvana Quadrino, *Costruire o coltivare la salute? La prevenzione secondo Slow Medicine,* in *Riflessioni sistemiche*, cit., p. 144. Vedi anche sul punto Beatrice Serra, *Sanità, religione, immigrazione. Appunti per una realizzazione equa e sostenibile del diritto alla salute, Stato, Chiese e pluralismo confessionale*. Rivista telematica *(www.statoechiese.it*), 10 ottobre 2016, p. 8 e soprattutto la bibliografia citata in nota 16 sulla relazione tra cultura e concetto di salute.

[48] Mario Ricca, *Pantheon. Agenda della laicità interculturale*, Torri del Vento, Palermo, 2012, pp. 387-421. Si pone nel caso di specie il problema di adeguare gli edifici preposti alla cura dei pazienti alle mutevoli esigenze spirituali che accompagnano l'affermarsi di nuove forme di religiosità diverse dalle tradizionali, così Lucia Serena Rossi, *Unione europea e sanità*, in Carlo Bottari, Lucia Serena Rossi (a cura di), *Sanità e diritti fondamentali in ambito europeo e italiano*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2013, pp. 15-17; Giancarlo Anello, *Multiculturalità, "diritti" e differenziazioni giuridiche: il caso dei trattamenti sanitari*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*.

che riflettono ogni minima variazione culturale[49]. Questo è il motivo per cui in ambito sanitario si corre il rischio che si scontrino così violentemente le ideologie più differenti, come, infatti, accade nell'ospedale di Vilnius, pur non entrando in gioco un problema di migrazioni etniche.

Nel campo della salute vengono infatti a collisione i diversi progetti che si hanno sull'uomo, sul suo divenire e la sua felicità, nonché le diverse concezioni della società all'interno della quale il divenire e la felicità dell'uomo si materializzano. La sanità diventa il luogo in cui orientarsi secondo una pluralità di mappe e criteri eterogenei. L'ideale sarebbe potere accedere a un'analisi della salute di maggior spessore antropologico, esplicitando le presunzioni che proliferano nella pratica sanitaria quotidiana, manifestandosi, il più delle volte, come archetipi semplicistici, non in grado di cogliere la profonda verità dei vissuti umani di salute e malattia. Nell'immaginario comune salute e malattia sono rappresentati e interpretati, semplicemente, come antagonisti, definibili, quindi, ognuno tramite il proprio contrario.

Prendiamo atto che esista un sapere, scientifico, che traduce e interpreta la malattia, mediante un percorso standardizzato: la diagnosi decodifica i sintomi, riconducendoli a una precisa nosologia, rispetto alla quale si sceglie la terapia più adatta. Si presume, infine, che la relazione terapeutica riposi su un atteggiamento del paziente, il quale collabora nella ricerca della salute e vuol evitare la malattia[50]. «La guarigione non si identifica con la pura e semplice scomparsa dei sintomi, ma con il raggiungimento di un nuovo equilibrio, attraverso un processo di crescita di consapevolezza e di responsabilità»[51]. Come l'albero nel seme, in questa frase è contenuto tutto lo sviluppo, avvenuto negli ultimi due decenni, della giuridificazione del consenso informato e la tutela sempre più minuziosa del diritto del paziente a essere coinvolto come protagonista e coproduttore nelle decisioni cliniche che lo riguardano. Non è giustificabile se non un sapere che si "apre su una operatività terapeutica"[52]. Nell'orizzonte europeo accolti da tempo i diritti di terza generazione (diritti

---

Rivista telematica *(www.statoechiese.it)*, 16, 2013, pp. 1-15.

[49] Sulla complessa e dialogica relazione tra cultura e matrice etico-religiosa si vedano: Giancarlo Anello, *Tradizioni di giustizia e Stato di diritto*, I, *Religioni, giurisdizione e pluralismo,* Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2011, pp. 61-139; Pierluigi Consorti, *Conflitti, mediazione e diritto interculturale*, Pisa University Press, Pisa, 2013, pp. 207-215; Maria d'Arienzo, *Le sfide della multiculturalità e la dimensione religiosa*, in Fulvia Abbondante, Salvatore Prisco (a cura di), *Diritto e pluralismo culturale. I mille volti della convivenza*, Editoriale scientifica Italiana, Napoli, 2015, pp. 45- 67.

[50] Ivi, p. 117.

[51] *Ibidem*.

[52] Sandro Spinsanti, *Riemergenza dei valori nell'ambito della salute*, cit., p. 137.

di gruppo o collettivi, diritto all'autodeterminazione, allo sviluppo economico e sociale, diritto a un ambiente salubre e alle risorse naturali, diritto a comunicare e diritti di comunicazione, diritto alla partecipazione al patrimonio culturale, diritti all'equità intergenerazionale e alla sostenibilità), già operativi negli Stati Uniti, si fa spazio anche alla quarta generazione, i cosiddetti diritti genetici che «emergono insieme a una nuova richiesta di salute, non più limitata alla lotta contro la malattia, ma identificata con il pieno benessere: fisico, psichico, sociale e quindi anche spirituale»[53], e sono redatti nell'ambito della *Convenzione di Oviedo* firmata nel 1997 dai Paesi membri del Consiglio d'Europa[54]. Credo che bisognerebbe tenere in mente quanto prescritto dall'articolo 2 della Convenzione[55], ripreso dall'art. 3 della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea* del 2000, nel tratteggiare i confini dell'attività medica alla luce di un interesse più complesso da individuare, che non si riduce alla mera descrizione della salute fisica e che comunque prevale, nella sua dimensione singolare, sugli interessi della scienza, come attività di progresso dell'essere umano e della società che questo progresso si attende. Questa norma ricolloca al centro il singolo, come universo di possibilità, peculiarità e diritti meritevoli di tutela esclusiva. Il richiamo alla società può rivelarsi interessante alla luce dei fatti di cui discutiamo, in quanto può essere utilizzato per criticare le intenzioni dei medici di Vilnius che sembrerebbero anteporre le esigenze della società lituana, di preservare i legami etico-politici con la confessione di maggioranza, a scapito della tutela della libertà della ricorrente che con le sue scelte spirituali fuori dagli schemi rischia di mettere in pericolo, non solamente se stessa e la propria salute, ma anche l'equilibrio della società lituana, debitrice del cattolicesimo, provocando una sorta di scandalo.

---

[53] *Ivi*, p. 146.

[54] La Convenzione è ispirata dalla necessità di rispettare l'essere umano sia come individuo sia nella sua appartenenza alla specie, e risponde a esigenze ben precise affermatesi in conseguenza dei progressi della scienza biomedica: l'esigenza di una regolamentazione giuridica specifica, l'esigenza di ridefinire i diritti e gli obblighi rispettivi nel rapporto tra individuo e medico curante o scienziato, l'esigenza di cooperazione tra gli Stati e di armonizzazione delle normative interne per questioni che hanno anche connotazioni sovranazionali.

[55] *Convenzione di Oviedo*, 4, aprile, 1997, art. 2: «L'interesse e il bene dell'essere umano devono prevalere sull'esclusivo interesse della società e della scienza", in http://old.iss.it/binary/coet/cont/ConvenzioneOviedo.pdf; *Carta dei Diritti fondamentali dell'unione europea*, (2000/C 364/01), art. 3: "Diritto all'integrità della persona", "1. Ogni individuo ha diritto alla propria integrità fisica e psichica», in: *https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2000:364:0001:0022:it:pdf*.

5. Il rito del credere e il rito del guarire

La dimensione del sacro rifugge, però, la schematicità di questi percorsi conoscitivi razionali e ad essi si contrappone, con la sua presunzione di non decifrabilità scientifica. Così come la scienza medica tende ad assicurare un percorso terapeutico, la religione offre la garanzia del rito prestabilito che necessita solo di essere attuato rispettando il precetto intangibile che lo genera, e rifuggendo l'arroganza della finalità cosciente e precostituita per affermare l'integrazione con una realtà superiore più ampia sebbene ineffabile[56]. Il diritto è chiamato a scegliere se offrire strumenti di protezione e garanzia a due realtà apparentemente antipodiche, la guarigione da uno stato patologico e la possibilità di vivere secondo i precetti religiosi, anche lo stato di malattia che non esime dal dovere di adempierli. La verità è che entrambe queste realtà, la cura e il culto, mirano al raggiungimento del medesimo obiettivo, la salute. Agli operatori del diritto spetta di scegliere tra quali "visioni" scegliere nel caso in cui non sia pensabile una contemporanea applicazione delle stesse.

Nell'ordinamento italiano due articoli della Costituzione, il 13 e il 32 delimitano lo spazio di azione della libertà di autodeterminazione del soggetto con specifico riguardo al tema della salute, prevedendo una possibilità di pregiudicare il proprio stato di salute rifiutando delle terapie suggerite per il miglioramento del quadro clinico che, però, sono ritenute in contrasto con le proprie credenze religiose. Il medico è tenuto a trovare un bilanciamento tra terapie che non siano lesive della libertà religiosa del paziente, mettendo in campo un'azione medica che sia proporzionata ed adeguata al raggiungimento dello scopo, ossia la guarigione o, comunque, il miglioramento dello stato di salute. Dovere deontologico del medico è di rinvenire nel percorso terapeutico quell'equilibrio tra la salute fisica ma anche psichica del paziente e il suo inviolabile diritto al rispetto della propria libertà e dignità[57]. La criticità e la sensibilità della condizione di malattia di un soggetto devono ispirare e limitare l'intervento medico senza mai disgiungerlo da una visione unitaria dell'individuo come portatore di uno stato di salute che non si limita solo al benessere fisico, ma richiede di essere pensato come totale unificante anche uno stato mentale ed emozionale. Le indicazione dell'OMS sul punto sono molto chiare nel ridefinire la salute non più come un semplice stato di assenza di malattia ma una situazione integrata di benessere complessivo. Un eccesso di interven-

---

[56] Giovanni Madonna, *La psicoterapia attraverso Bateson. Verso un'estetica della cura*, Franco Angeli, Milano, 2013, nota n. 8.

[57] art. 1 L 23/12/78 art. 833; L 28/3/01 n. 145 che ratifica la *Convenzione di Oviedo sulla Biomedicina* del 1997 art. 1.

to o di posizione di garanzia a favore dello stato di salute intesa riduttivamente come benessere fisico può indurre ad una deprecabile violazione del diritto di libertà religiosa e, di conseguenza, provocare l'effetto boomerang di un peggioramento delle generali condizioni di salute del soggetto interessato che si vede sottoposto ad una pesante violazione della propria libertà e della dignità con interventi terapeutici forzosi. Il limite dell'autodeterminazione terapeutica, il consenso informato, è ormai il terreno di confronto tra il bene primario indisponibile che è la vita e la libertà di rifiutare trattamenti sanitari anche salvavita quando ci si trovi in uno stato di piena coscienza. Ma l'ordinamento ha voluto creare in capo al medico una posizione di garanzia che si fonda sulla primarietà del bene indisponibile oggetto di tutela che è la vita umana. Vero è, però, che tra i due soggetti si realizza un sinallagma peculiare che si basa su un disequilibrio di posizioni, da una parte predomina la stabile e certa competenza tecnica del medico e dall'altra la volubile criticità di chi è costretto ad affidarsi a cure esterne senza conoscerne i presupposti tecnico scientifici[58]. Le fattispecie legate ai problemi di salute mentali mostrano, a mio avviso, maggiori note di problematicità per la caducità dei confini esistenti tra situazioni obiettive, ascrivibili alla dimensione patologica collegata da un nesso di causalità ad alcune pratiche religiose non tradizionali, e situazioni frutto di scelte spirituali libere e personali, particolari magari e fuori dagli schemi ordinari che non intaccano la salute mentale dell'individuo credente. Nel caso in cui ci si trovi di fronte alla prima ipotesi per l'ordinamento italiano, stando al dettato dell'art. 32 della Costituzione, integrato con la normativa europea sul diritto alla salute[59], si deve assegnare priorità al dovere, imposto agli operatori sanitari di tutelare la salute dei soggetti coinvolti. Si materializza, in altre parole, un limite all'esercizio del potere di autodeterminazione del soggetto paziente in funzione di un diritto superiore che è l'interesse della collettiva, che genera l'intervento sanitario obbligatorio. Muta la prospettiva, quindi, non più quella di chi vanta il diritto alla propria salute ma il dovere di chi è preposto istituzionalmente alla tutela di questo bene primario. Fuori da questa ipotesi estrema continua a prevalere la libertà non delegabile del soggetto anche in senso negativo, vale a dire la libertà di non godere del proprio bene-salute[60]. Ne segue che una eventuale lesione da parte di terzi, che si concretizzi in un intervento sanitario arbitrario, possa creare un danno risarcibile, un danno

---

[58] Beatrice Serra, *op. cit.*, in particolare p. 10 nota n. 19.

[59] Vittorio Zagrebelsky, *Un'introduzione al diritto fondamentale alla salute*, in Carlo Bottari, Lucia Serena Rossi (a cura di), *Sanità e diritti fondamentali in ambito europeo e italiano,* cit., pp. 11-14.

[60] Corte Costituzionale, *Sentenza* n. 438/2008.

biologico che consiste nell'intaccare l'integrità psico-fisica dell'individuo[61]. L'assenza di condizioni ottimali affinchè avvenga l'incontro tra informazione, consapevolezza e volontà potrebbe, infatti, causare delle lesioni risarcibili, pur in presenza di un risultato ottimale per la salute, essendo rilevabile un pregiudizio al benessere spirituale, psicologico e sociale del paziente[62], privato della essenziale possibilità di vivere secondo la propria fede religiosa ogni istante della sua esistenza.

Breve nota conclusiva: scelta spirituale come Lebensordnüngen

Nelle parole accorate con cui la ricorrente difende il proprio diritto di libertà religiosa equiparandone l'importanza, nel contesto della propria esistenza, agli elementi fondamentali, si legge, rievocando Weber, come il suo *belief* rappresenti non un apparato esterno, fungibile, cui si può rinunciare senza modificare ontologicamente l'assetto della propria vita, ma una condotta di vita che è necessariamente legata all'esistenza e all'operatività di un "ordine di vita", cioè un insieme di norme che dirigono la sua esistenza e al cui comando la protagonista non intende sottrarsi. Il riferimento dell'uomo a un nuovo stile di vita specifico, religiosamente orientato in cui si crede nell'efficacia delle cure spirituali costituisce una delle offerte di ancoraggio a certezze in una società sempre più liquida. Questa offerta, poi, si aggiunge, modificandoli, agli altri ordini di vita già esistenti, quello economico, politico, professionale ecc.

La religione intesa e vissuta come *Beruf* nel suo senso più puro può essere considerata, infatti, come un'arma di quotidianizzazione dello straordinario[63], in grado di modificare, con una sequenza coerente e duratura di scelte e decisioni, la vita di masse di fedeli – e non solamente di pochi intellettuali – e la rivoluziona radicalmente – non limitandosi a mutamenti secondari ed estetici, riesce a modificare il corso del mondo proprio perché impone una *Lebensführung*[64]. In un mondo in cui la materialità e la concretezza dei com-

---

[61] Corte Costituzionale, *Sentenza* n. 88/1979.

[62] Flavio Peccennini, *Obbligo di informazione e lesione del diritto all'autodeterminazione*, in Carlo Bottari, Lucia Serena Rossi (a cura di), *Sanità e diritti fondamentali in ambito europeo e italiano*, cit., pp. 11-14. pp. 179-182; Beatrice Serra, *op. ult. cit.*, p. 14.

[63] Max Weber, *L'etica protestante e lo spirito del capitalismo*, in Id., *Sociologia della religione*, I, Ed. Comunità, Torino, 2002, p. 108.

[64] Weber mette a confronto la forza rivoluzionaria di una dottrina filosofico-letteraria e quella di una fede religiosa e si domanda «come si può ritenere che una siffatta dottrina da letterati possa sviluppare una forza capace di rivoluzionare la vita, nello stesso modo di una fede religiosa che collega premi di salvezza a una condotta di vita determinata?, *Ivi*, p. 42.

portamenti e delle cose conta più del loro significato, in cui la sazietà materiale descritta da Weber nella tarda modernità si "diluisce" in un'inevitabile aporia etica, solo la religione può offrire la possibilità residua di un ordine. Già Platone, ricordato da Weber, aveva segnato questa strada: "ogni singola azione importante, e soprattutto la vita nel suo insieme – se essa deve non già scorrere via come un evento naturale, bensì essere diretta consapevolmente – rappresenta una catena di decisioni ultime mediante cui l'anima sceglie il suo proprio destino, il che vuol dire il senso del suo agire e del suo essere"[65].

Riassunto

Il presente studio muove dall'analisi di una sentenza della CEDU per riflettere sulla delicata relazione esistente tra libertà religiosa, appartenenza a nuovi movimenti religiosi e disturbi psichiatrici in territori poco inclini al pluralismo religioso, dove, invece, si registrano fenomeni di preoccupante e anacronistico neoconfessinismo.

Parole chiave

Libertà di religione; malattia psichiatrica; nuovi movimenti religiosi; pluralismo religioso; confessionismo

Abstract

The present study starts from the analysis of a sentence of the ECHR to reflect on the delicate relationship existing between religious freedom, belonging to new religious movements and psychiatric disorders, in areas not prone to religious pluralism, where, on the other hand, there are phenomena of concern and anachronistic neoconfessinism.

Key words

Freedom of religion; psychiatric illness; new religious movements; religious pluralism; state religion

[65] Max Weber, *La scienza come professione*, in Id., *La scienza come professione. La politica come professione*, Ed. Comunità, Torino, 2001, p. 563.

Il contributo di Pio Ciprotti allo studio del diritto vaticano

Matteo Carnì

Sommario: *1. Premessa. – 2. Profilo biografico di Pio Ciprotti. – 3. Cenni sulla produzione bibliografica. – 4. Pio Ciprotti e lo studio del diritto vaticano.*

1. Premessa

Nel panorama del Novecento giuridico italiano un posto di assoluto rilievo è occupato da una figura del tutto peculiare, della quale si andrebbe a sminuire lo spessore culturale e la cifra esistenziale col definirla semplicemente giurista.

Mi riferisco a Pio Ciprotti, professore di diritto canonico ed ecclesiastico nonché magistrato vaticano e apprezzatissimo consulente giuridico della Santa Sede.

Si tratta di una singolare e poliedrica figura di studioso dagli innumerevoli interessi culturali, dalle ineguagliabili conoscenze linguistiche antiche, da un assoluto rigore scientifico e da un fedele e costante servizio prestato alla Sede apostolica.

Qualche anno fa nel recensire un importante dizionario biografico dedicato ai giuristi italiani[1] ho avuto modo di sottolineare l'assenza – nella predetta iniziativa editoriale – di alcuni grandi Maestri del diritto canonico ed ecclesiastico tra i quali deve essere annoverato Pio Ciprotti. L'ingombrante assenza di un profilo biografico su Pio Ciprotti nel citato dizionario desta perplessità e stupore: si consideri il fatto che sono stati biografati molti giuristi minori e non risulta presente un Maestro che rientra a pieno titolo trai *maiores* del Novecento giuridico[2].

---

[1] *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, diretto da Italo Birocchi, Ennio Cortese, Antonello Mattone, Marco Nicola Miletti, il Mulino, Bologna, 2013.

[2] Matteo Carnì, *Canonisti ed ecclesiasticisti dell'Italia unita. Riflessioni in margine ad un recente dizionario biografico*, in *Archivio Giuridico "Filippo Serafini"*, 2014, pp. 441-445, edito anche in Manlio Miele (a cura di), *Gli insegnamenti del diritto canonico e del diritto ecclesiastico dopo*

Non sono mancati nel corso degli anni contributi dottrinali volti a tracciare alcuni aspetti della vita e delle opere dell'illustre Maestro[3]. In questa sede mi soffermerò sul contributo di Pio Ciprotti allo studio dell'ordinamento giuridico della *Civitas Vaticana*. Una siffatta analisi non può tuttavia prescindere dalla trattazione dei principali riferimenti biografici e bibliografici del Maestro romano, al fine di inquadrare – nella più generale cornice intellettuale – l'interesse specifico di Pio Ciprotti verso il diritto vaticano, disciplina approfondita e quotidianamente applicata dal raffinato studioso anche quale giudice e presidente del Tribunale dello Stato della Città del Vaticano.

2. *Profilo biografico di Pio Ciprotti*.

Pio[4] Ciprotti nasce a Roma il 2 gennaio 1914 da Salvatore, ufficiale della Gendarmeria Pontificia[5] e Maria Volpini. A soli venti anni consegue la laurea in Giurisprudenza a Roma il 9 luglio 1934. Nel medesimo anno è impiegato come addetto alla Biblioteca del *Pontificium Institutum Utriusque iuris,* ateneo presso il quale consegue anche il dottorato *cum laude* in Diritto Canonico[6] il 13 aprile 1935. È altresì Segretario di Redazione della rivista *Apollinaris*.

La lunga e articolata carriera accademica di Pio Ciprotti si dipana tra l'attuale Pontificia Università Lateranense, della quale «è stato il laico più rappresentativo […] per oltre cinquant'anni»[7], e le università statali italiane.

Divenuto Avvocato Rotale, nel 1936 inizia la sua attività accademica pon-

---

l'Unità d'Italia, Atti del convegno ADEC "*Gl'insegnamenti del Diritto canonico ed ecclesiastico a centocinquant'anni dall'Unità*", Padova 27-29 ottobre 2011, il Mulino, Bologna, 2015, pp. 325-338.

[3] Luigi De Luca, *Pio Ciprotti*, in *Studi Romani*, 42, 1994, pp. 91-92; Winfried Schulz, *In ricordo di Pio Ciprotti*, in *Il Diritto ecclesiastico*, 2, 1994, pp. 395-398; Mario Tedeschi, *Il contributo culturale di Pio Ciprotti*, in *Diritto e religioni*, 1, 2009, pp. 661-664, ed in Id., *Quasi un bilancio*, Pellegrini, Cosenza, 2011, pp. 229-232; Gian Luigi Falchi, *Ciprotti, Pio*, in *Diccionario general de derecho canónico*, a cura di Javier Otaduy, Antonio Viana, Joaquín Sedano, vol. II, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 91-95; Claudio Gentile, *I Presidenti del Tribunale dello Stato della Città del Vaticano*, in Giuseppe Dalla Torre, Gian Piero Milano (a cura di), *Annali di diritto vaticano 2018*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2018, pp. 217-232.

[4] Pio, Maria, Giuseppe Ciprotti. Cfr. Claudio Gentile, *I Presidenti del Tribunale dello Stato della Città del Vaticano*, cit., p. 228.

[5] Si veda Nicola Picardi, *Nell'ottantesimo anniversario della giurisdizione vaticana*, in Giuseppe Dalla Torre (a cura di), *Studi in onore di Giovanni Giacobbe*, I, Giuffrè, Milano, 2010, p. 164 n. 77.

[6] Difese la tesi intitolata *De consummatione delictorum attento eorum elemento obiectivo*. Cfr. Gian Luigi Falchi, *Ciprotti, Pio*, cit., p. 91.

[7] Onorato Bucci, *Settant'anni di* Apollinaris *fra rigore scientifico, fedeltà alla Chiesa e ascolto della storia*, in *Plenitudo legis, amor veritatis. In memoriam Petri Tocanel*, curante Maximilian Pal, Sapientia, Iaşi, 2002, p. 56, nota 7.

tificia, insegnando *Ius privatum comparatum* (in latino fino al 1975) come *Professor adiutor* nell'Istituto *Utriusque iuris*. L'anno successivo diviene Professore incaricato, per poi essere inquadrato come Professore Straordinario e successivamente come Ordinario. Sempre nel medesimo ateneo è anche Sottodecano della Facoltà di Diritto Civile nell'a.a. 1960-1961 e Decano dall'a.a. 1961-1962 al 1984, anno in cui diviene Professore Emerito[8].

Sul versante dell'insegnamento laico, nel 1940[9] Ciprotti ottiene la libera docenza in diritto canonico[10] ed insegna alla Sapienza dal 1940 al 1943 e nell'a.a. 1954-1955.

Nel 1956 supera il concorso da Professore Ordinario di diritto canonico ed ecclesiastico[11], mentre l'anno successivo verrà chiamato dall'Università di Camerino dove resterà fino al 1975. Nell'ateneo camerte riveste, oltre all'incarico di Direttore dell'Istituto Giuridico e della Biblioteca, anche l'ufficio di Preside della Facoltà di Giurisprudenza dal 1965 al 1972.

Nel 1975 Ciprotti fu chiamato alla cattedra di diritto ecclesiastico italiano e comparato presso la facoltà di Scienze Politiche dell'Università «La Sapienza». Vi rimase fino al 31 ottobre 1989 e fu nominato professore emerito[12].

---

[8] Cfr. *Nota biografica*, in Winfried Schulz, Giorgio Feliciani (a cura di), Vitam impendere vero. *Studi in onore di Pio Ciprotti*, Libreria Editrice Vaticana-Libreria Editrice Lateranense, Città del Vaticano, 1986, p. 13.

[9] Decreto Ministeriale 9 febbraio 1940. La Commissione esaminatrice, di cui facevano parte Giuseppe Forchielli (Presidente), Costantino Jannaccone, Mario Petroncelli, Orio Giacchi (Relatore) e Pio Fedele, si era riunita il 21 dicembre 1939 deliberando all'unanimità. Con Decreto Ministeriale 28 maggio 1946, su conforme parere della Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza, riceverà la conferma definitiva della libera docenza. Per il Consiglio di Facoltà del 28 gennaio 1946, presieduto da Filippo Vassalli e composto da Vincenzo Arangio Ruiz, Gaspare Ambrosini, Tomaso Perassi, Emilio Albertario, Vincenzo Del Giudice, Filippo Crispigni e Francesco Calasso, Ciprotti «durante il quinquennio trascorso dal conseguimento dell'abilitazione alla libera docenza … ha svolto larga operosità scientifica e didattica dando prove indubbie della sua non comune preparazione e capacità nell'insegnamento e di esemplare diligenza nell'adempimento dei suoi doveri. Dei numerosi scritti pubblicati nel quinquennio alcuni meritano il più grande rilievo e lode incondizionata, avendo il Ciprotti apportato con essi contributi notevolissimi nella scienza che professa per l'approfondimento dei problemi fondamentali». Sempre per il Consiglio il saggio "*Teoria della Canonizzazione delle leggi civili*" «per il metodo col quale è condotto e per l'originalità delle conclusioni, si può dire uno dei migliori sull'argomento, e mostra nello scrittore, oltre che un'ampia informazione della letteratura sulla difficile questione, un acuto spirito di osservazione e una abilità inconsueta nel vagliare le soluzioni proposte e nel proporne di nuove». Cfr. Archivio Centrale dello Stato, Ministero della Pubblica Istruzione, Direzione Generale Istruzione Superiore, Divisione I, Fascicoli personali dei liberi docenti, 1° versamento, Seconda serie, Busta 127, Ciprotti Pio, segnalato da Claudio Gentile, *I Presidenti del Tribunale dello Stato della Città del Vaticano*, cit., pp. 228-229, n. 41.

[10] Notizie sulla libera docenza di Pio Ciprotti si rinvengono anche in una lettera di Arturo Carlo Jemolo a Mario Falco (risalente al 23 dicembre 1940). Cfr. Arturo Carlo Jemolo, *Lettere a Mario Falco*, t. II (1928-1943), a cura di Maria Vismara Missiroli, Giuffrè, Milano, 2009, p. 450.

[11] Luigi De Luca, *Pio Ciprotti*, cit., p. 91.

[12] Winfried Schulz, *In ricordo di Pio Ciprotti*, cit., p. 395.

Degna di particolare attenzione risulta essere la collaborazione prestata a vario titolo dal Ciprotti a favore della Santa Sede.

Oltre a essere consultore della Segreteria di Stato (dal 1967) e di vari dicasteri della Curia romana, come la Congregazione del Concilio (dal 1961), la Congregazione Concistoriale (dal 1965 al 1978), la Congregazione dei Religiosi (dal 1948 al 1969), la Congregazione dell'Educazione Cattolica (dal 1968), e la Commissione per l'interpretazione del *Codex Iuris Canonici* (dal 1984), Ciprotti è stato componente della Commissione per la revisione del Codice di Diritto Canonico dal 1964 al termine dei lavori, ricoprendo il ruolo di relatore per il diritto e la procedura penale e per la procedura amministrativa.

Notevole la conoscenza del diritto canonico orientale che Pio Ciprotti nel 1944-1945 impiegherà compilando uno studio per la redazione di un Codice di Diritto Canonico per la Chiesa Orientale e per la riforma del Codice latino[13]. Si tratta di un corposo documento largamente utilizzato dal Legislatore ecclesiale nei quattro *Motu Proprio* che – tra il 1949 e il 1957 – riformarono alcune parti del Diritto Canonico Orientale[14].

Un altro suo studio del 1959, riguardante alcune riforme consigliabili nella legislazione canonica, fu pubblicato negli atti preparatori del Concilio Ecumenico Vaticano II[15].

Entrambi gli studi rivelano una perizia canonistica di inarrivabile livello, supportata anche da complesse considerazioni e proposte circa l'utilizzo e l'opportunità di determinate locuzioni in lingua latina da parte del legislatore ecclesiale.

L'influenza degli studi di Pio Ciprotti sulla legislazione canonica ha goduto di una ampia notorietà, di cui è chiaro indice il fatto che sia stato uno dei pochi giuristi viventi ad essere oggetto di una tesi di dottorato[16].

Il fedele e costante servizio reso da Ciprotti alla Santa Sede non si incarna solo in pareri e studi resi ai vari organismi della Curia romana ma anche nel prendere parte a diverse trattative per la stipulazione di accordi con Stati e

---

[13] Pio Ciprotti, *Osservazioni sul testo del "Codex Iuris Canonici"*, Tipografia Poliglotta Vaticana, [Città del Vaticano],1944. Si veda anche S. Congregazione Orientale, Prot. Num. 479/36, Pontificia Commissione per la redazione del Codice di Diritto Canonico Orientale, Ventesima Plenaria, *Proposte di modifiche del testo del "Codex Iuris Canonici"*, *Nuove proposte presentate dal Prof. Pio Ciprotti*, Tipografia Poliglotta Vaticana, [Città del Vaticano], 1944.

[14] Cfr. *Nota biografica*, in Winfried Schulz, Giorgio Feliciani (a cura di), Vitam impendere vero. *Studi in onore di Pio Ciprotti*, cit., pp. 14-15.

[15] Cfr. *Acta et documenta Concilio Oecumenico Vaticano II apparando*, Serie I, Vol. IV, Pars I, Tipografia Poliglotta Vaticana, Città del Vaticano, 1960, pp. 281-287.

[16] Cfr. Robert Senetsky, *The influence of Pio Ciprotti's observations on the Motu Proprio "Sollicitudinem Nostram"*, [Pontificium Institutum Orientalium Studiorum, 14 giugno 1966], Romae, Catholic Book Agency, 1968.

organizzazioni internazionali e nel rappresentare la stessa Santa Sede in numerose conferenze internazionali. Si pensi al ruolo di Delegato permanente della Santa Sede ricoperto da Ciprotti presso l'Istituto Internazionale per l'Unificazione del Diritto privato dal 1971 al 1993.

Pio Ciprotti fu anche Procuratore dei Sacri Palazzi Apostolici (17 marzo 1942), Avvocato del Sacro Concistoro (25 maggio 1959, divenendo Decano del Collegio dal 5 febbraio 1980), Giudice del Tribunale d'Appello del Sovrano Militare Ordine di Malta, membro del Gran Magistero dell'Ordine Equestre del Santo Sepolcro, Commendatore dell'Ordine di San Gregorio Magno (5 giugno 1970) e Gran Croce dell'Ordine Piano (23 luglio 1985), Cavaliere di grazia magistrale del Sovrano Militare Ordine di Malta (1983), Commendatore con placca (1981) e Cavaliere di Gran Croce (1983) dell'Ordine Equestre del Santo Sepolcro[17].

Un ingegno così acuto non poteva non essere impiegato anche nella revisione del Concordato tra Santa Sede e Stato italiano.

Nell'aprile del 1969 Ciprotti partecipa ai lavori della Commissione della Santa Sede per lo studio della revisione del concordato del 1929. L'insigne giurista è uno dei quattro esperti incaricati dal Presidente del Consiglio dei Ministri Spadolini di rivedere la quinta bozza di revisione del Concordato[18].

Dopo la sottoscrizione dell'Accordo nel 1984, Ciprotti partecipa ai lavori della Commissione governativa per il regolamento delle norme sugli enti e i beni ecclesiastici, a quelli della Commissione mista Italia-Santa Sede per la redazione delle disposizioni per l'applicazione del concordato in materia matrimoniale su nomina italiana ed a quelli della Commissione paritetica per gli enti ed i beni ecclesiastici in rappresentanza della S. Sede.

Sul versante strettamente italiano, Ciprotti fu membro, dal 1945 al 1950, della Commissione ministeriale per la revisione del codice civile e, dal gennaio 1964, Consigliere di Amministrazione del Fondo per il Culto.

Quanto ai riconoscimenti e alle benemerenze da parte italiana, Pio Ciprotti ha ricevuto la Medaglia d'oro di I classe dei benemeriti della scuola, della cultura e dell'arte (2 giugno 1970), ed è stato Commendatore e Grand'Ufficiale dell'Ordine al Merito della Repubblica italiana (27 settembre 1988).

Pio Ciprotti muore a Roma il 15 dicembre 1993[19], lasciando in molti un

---

[17] Cfr. *Nota biografica*, in Winfried Schulz, Giorgio Feliciani (a cura di), Vitam impendere vero. *Studi in onore di Pio Ciprotti*, cit., p. 16.

[18] Cfr. *Nota biografica*, in Winfried Schulz, Giorgio Feliciani (a cura di), Vitam impendere vero. *Studi in onore di Pio Ciprotti*, cit., pp. 14-15.

[19] Cfr. Winfried Schulz, *In memoria di Pio Ciprotti* (1914-1993), in *Apollinaris*, 3-4, 1994, pp. 926-931.

vuoto incolmabile. Dell'«autentico operatore giuridico» e dell'uomo, sono state apprezzate «la profonda onestà di giudizio, la probità scientifica, la riserbatezza, l'assoluta serietà e compostezza di carattere e di comportamento»[20]. Come evidenziato dal Cardinale José Rosalio Castillo Lara, in Ciprotti «non c'era nessuna ampollosità, né vuota retorica e tantomeno superficialità, solo rigore e chiarezza»[21].

Winfried Schulz, caro allievo lateranense del Ciprotti, ha giustamente sottolineato che il suo Maestro «in tutta la sua esistenza come studioso e come operatore del diritto […] ha cercato sempre di non indulgere alle mode, ma è rimasto fedele al suo metodo che è stato metodo di ricerca della giustizia e della verità. Egli ha sempre cercato l'oggettività del diritto, non volendo piegare quest'ultimo alle proprie idee, ma accettandolo così come è, senza sovrapporre la volontà dell'interprete a quella del legislatore, sollecitando piuttosto talvolta le opportune modifiche normative»[22].

Ciprotti è stato un uomo e un giurista dalla complessa cifra esistenziale, di cui è dato cogliere un peculiare aspetto nel ricordo offertoci da Mario Tedeschi: «sembrava una persona volta non solo alla ricerca del vero, ma della perfezione, una persona per ogni verso rara, schiva, molto diversa dai suoi […] colleghi. Tutta questa incredibile attività era sorretta da un grande impegno e da grandi capacità organizzative. Ciprotti era sostenuto dal fatto che credeva nelle cose che andava facendo, che le riteneva possibili, era sostenuto cioè da una grande fede che ha costituito la sua vera ricchezza. Come si arrivi a ciò è difficile dire. Non credo sia solo un dono di Dio; questa fede la si costruisce anche e la si coltiva con una vita e con decisioni esemplari, ma soprattutto dedicandosi agli altri»[23].

3. Cenni sulla produzione bibliografica

Nel corso della sua lunga carriera, Pio Ciprotti ha scritto centinaia di pubblicazioni scientifiche tra monografie, articoli su riviste prestigiose, saggi destinati a volumi miscellanei o a *festschriften* italiane ed estere, oltre alle numerose voci enciclopediche, agli articoli minori, alle recensioni ed ai preziosi volumi (non solamente ad uso didattico) contenenti fonti del diritto canonico

---

[20] Mario Tedeschi, *Il contributo culturale di Pio Ciprotti*, cit., p. 230.

[21] Parole pronunciate nell'omelia in occasione delle esequie di Pio Ciprotti. Cfr. Giampaolo Mattei, *La giustizia vissuta servendo Dio e gli uomini*, in *L'Osservatore Romano*, 19 dicembre 1993, p. 7.

[22] Winfried Schulz, *In ricordo di Pio Ciprotti*, cit., p. 398.

[23] Mario Tedeschi, *Il contributo culturale di Pio Ciprotti*, cit., p. 230.

ed ecclesiastico, atti preparatori, raccolte giurisprudenziali e via dicendo. Gli interessi dell'illustre Maestro non si limitano al solo diritto canonico – latino ed orientale – ed al diritto ecclesiastico[24], italiano e straniero, ma spaziano dal diritto civile all'archeologia, dalla biblistica alla epigrafia latina[25], dal diritto vaticano alla storia antica, dal diritto concordatario al diritto privato comparato ed alla storia della Chiesa.

Tali interessi scientifici furono supportati da una solida cultura enciclopedica, da una prodigiosa memoria e dalla grande conoscenza della lingua greca ed ebraica, dovuta anche alla «vocazione nascosta»[26] di Ciprotti per le Sacre Scritture. Quanto alla lingua latina, Ciprotti ne ebbe una padronanza eccelsa che gli permise di vincere uno dei premi del *Certamen Capitolinum*. Grazie alla redazione di molti suoi contributi direttamente in lingua latina, Ciprotti è stato conosciuto in tutto il mondo fin dall'inizio della sua attività scientifica presso la Pontificia Università Lateranense.

Ad oggi manca un elenco completo della sterminata bibliografia di Pio Ciprotti. Negli studi in suo onore figura un lungo elenco di oltre 250 titoli[27], che risulta essere una parte della prolifica produzione nella quale vanno annoverate le numerosissime voci redatte ad esempio per l'*Enciclopedia cattolica*, i necrologi e le recensioni così come gli articoli sui quotidiani.

4. Pio Ciprotti e lo studio del diritto vaticano

In quasi un secolo di vita lo stato del papa ha costituito – per molte generazioni di giuristi – un osservatorio privilegiato per sondare teorie e tessere costruzioni dogmatiche[28].

---

[24] Molti scritti minori sono stati ripubblicati in Pio Ciprotti, *Scritti scelti*, I. *Diritto ecclesiastico*, Jovene, Napoli, 1991.

[25] Ciprotti è uno dei pochi studiosi non tedeschi a cui viene affidata dalla Deutsche Akademie der Wissenschaften zu Berlin la collaborazione al *Corpus Inscriptionum Latinarum*. Cfr. Winfried Schulz, *Pio Ciprotti come studioso ed operatore del diritto*, in Winfried Schulz, Giorgio Feliciani (a cura di), Vitam impendere vero. *Studi in onore di Pio Ciprotti*, cit., p. 7.

[26] Così Winfried Schulz, *In ricordo di Pio Ciprotti*, cit., p. 396.

Cfr. anche Domingo Andrés Gutierrez, *In memoriam dei Professori dell'*Institutum Utriusque Iuris *deceduti dal 1980 al 2007*, in *Apollinaris*, 2008, p. 576, che ripropone il necrologio redatto da Winfried Schulz.

[27] Cfr. *Bibliografia*, in Winfried Schulz, Giorgio Feliciani (a cura di), Vitam impendere vero. *Studi in onore di Pio Ciprotti*, cit., pp. 17-32.

[28] Rilevava Andrea Piola, *La legislazione ecclesiastica del governo fascista (nel primo decennale della Conciliazione)*, in *Studi di storia e diritto in onore di Carlo Calisse*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1940, pp. 241-242, che «Sulla natura giuridica del Trattato e del Concordato, sui rapporti giuridici fra i due Atti, sulle parti contraenti, sulla statualità della Città del Vaticano […] sono sorte numerose

L'interesse mostrato dalla scienza giuridica[29] italiana verso la *Civitas Vaticana* ha raggiunto – nel corso degli anni – picchi di altissima intensità, specie nei primi anni di vita dello Stato enclave[30].

I cultori delle diverse branche del diritto si erano tuffati con accesa passione nello studio dello stato vaticano vuoi per le singolarità costituzionali della piccolissima realtà sovrana vuoi per la speciale posizione della *Civitas Vaticana* quale enclave dell'Italia.

Il corso segnato dalla Conciliazione vide comparire – sullo scenario internazionale – un nuovo soggetto sovrano dotato di un proprio ordinamento giuridico marcato da notevoli peculiarità sin dal momento genetico.

Artefice dell'ordinamento vaticano fu infatti Federico Cammeo[31], giurista ebreo cui il Sommo Pontefice affidò l'arduo compito di forgiare l'ordinamento giuridico della *Civitas Vaticana*.

Altra peculiarità fu la forte dipendenza del diritto vaticano dell'ordinamento canonico[32]. È questo uno degli aspetti più interessanti che offre molte note di singolarità al diritto vaticano come disciplina giuridica giacché lo *ius vaticanum* è pur sempre un diritto straniero, che afferisce ad una realtà statuale

---

questioni, che hanno formato oggetto di sottili indagini da parte dei giuristi italiani e stranieri; tanto che si può dire i Patti del Laterano hanno costituito e costituiscono sempre non soltanto un fertile ed interessantissimo campo di studio per il Diritto, ecclesiastico, il Diritto internazionale e il Diritto pubblico in generale, ma addirittura un vero banco di prova della teoria generale del diritto».

[29] Ritengo pienamente condivisibile il concetto di scienza giuridica delineato da Paolo Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 1: «Scienza giuridica: è ovvio il riferimento a una riflessione autenticamente scientifica sul diritto; con questa doverosa precisazione, tuttavia: che, se il filone portante è soprattutto formato da coloro che sono professionalmente degli scienziati del diritto, che lo professano cioè come ricercatori e maestri in quel naturale laboratorio scientifico costituito dalle Università, essendo il diritto una scienza che tende a incarnarsi e a diventare concreta esperienza di vita, contributi non trascurabili possono provenire (e positivamente provengono) da personaggi di particolari qualità intellettuali immersi quali operatori nel mondo della prassi».

[30] Come si può ricavare da alcuni saggi bibliografici tra cui ricordiamo Roberto Giustiniani, *Bibliografia degli Accordi Lateranensi (11 febbraio 1929-11 febbraio 1934)*, in *Il Diritto ecclesiastico*, 1934, pp. 100-129; Andrea Piola, *Per una bibliografia ragionata dei Patti del Laterano*, *ivi*, pp. 479-484; Sergio Lariccia, *Diritto ecclesiastico italiano. Bibliografia 1929-1972*, Giuffrè, Milano, 1974, *passim*; Geraldina Boni, *Bibliografia*, in Federico Cammeo, *Ordinamento giuridico dello Stato della Città del Vaticano*, Ristampa anastatica dell'edizione del 1932, presentazione del card. Angelo Sodano, e con Appendici di Giuseppe Dalla Torre, Piero Antonio Bonnet, Gianluigi Marrone, Nicola Picardi, Geraldina Boni, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2005, pp. 617-640; Ead., *Appendice 3*, *Bibliografia*, in Giuseppe Dalla Torre, Geraldina Boni (a cura di), *Il diritto penale della Città del Vaticano. Evoluzioni giurisprudenziali*, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 325-351.

[31] Federico Cammeo, *Ordinamento giuridico dello Stato della Città del Vaticano*, Bemporad, Firenze, 1932.

[32] L'abrogata legge sulle fonti del diritto (n. II del 7 giugno 1929) faceva riferimento al *Codex Iuris Canonici* e alle Costituzioni Apostoliche quali « fonti principali del diritto oggettivo nello Stato della Città del Vaticano».

sovrana, la quale genera un ordinamento giuridico primario, una realtà statuale che però rimane a servizio del ministero petrino[33].

Come icasticamente evidenziato da Pio Ciprotti, la legislazione vaticana «ha costituito sempre un piatto ghiotto per i giuristi per vari motivi: ma più di ogni altro ha attratto gli studiosi del diritto internazionale e della teoria generale del diritto l'artificio con cui nelle prime leggi si provvide a far sì che con pochi articoli nascesse di colpo un ordinamento giuridico completo»[34].

La Conciliazione del 1929 è stata dunque un evento epocale che – *inter alia* – ha comportato la nascita di una Stato *nuovo*[35] e di un ordinamento giuridico *nuovo*, entrambi strumentali alla missione della Santa Sede.

Siamo pur sempre in «anni in cui aleggia ancora il ricordo del Risorgimento e, se con il 1929 cambia il disegno, la lacerazione di fondo resta come una costante della politica e della legislazione italiana, anzi si recupera la frattura iniziale del processo risorgimentale italiano e, attraverso il riconoscimento dell'ordinamento della Chiesa da parte dello Stato, il diritto ecclesiastico, per il tramite del diritto concordatario, si ricollega con la Conciliazione alla secolare quercia del diritto canonico, mentre il matrimonio entra nel diritto ecclesiastico, ampliandone la portata e colmando quell'iniziale esiguità dei cultori di tale disciplina, che costrinse le Facoltà a coprire l'insegnamento per incarico»[36].

In questo clima di fermento di nuovi studi canonistici ed ecclesiasticistici generati dal singolare evento dei Patti Lateranensi[37], si inserisce la lunga serie di contributi dottrinali sull'ordinamento giuridico vaticano, *res nova* nello scenario giuridico mondiale.

Come ho già avuto modo di evidenziare in un recente saggio[38], il decennio

---

[33] Cfr. Giuseppe Dalla Torre, *Stato della Città del Vaticano e* munus petrinum, in *Ephemerides iuris canonici*, 2015, 2, pp. 237-264.

[34] Pio Ciprotti, *Un cinquantennio di legislazione vaticana*, in *L'Osservatore Roman*o, 24 marzo 1982, p. 2.

[35] Cfr. Francesco Bonini, *Uno Stato nuovo*, in Matteo Carnì (ed.), *Santa Sede e Stato della Città del Vaticano nel nuovo contesto internazionale (1929-2019)*, Studium, Roma, 2019, pp. 19-30.

[36] Giovanni Battista Varnier, *Orientamenti culturali e politici della scienza ecclesiasticistica nei secoli XIX e XX*, in Id. (a cura di), *La costruzione di una scienza per la nuova Italia: dal diritto canonico al diritto ecclesiastico*, Eum, Macerata, 2011, p. 11.

[37] Di recente ha evidenziato tale aspetto Brigitte Basdevant Gaudemet, *Diritto ecclesiastico ou droit des cultes, une discipline universitaire en Italie ou en France aux XIXe et XXe siècles*, in Marco Cavina (a cura di), *L'insegnamento del diritto (secoli XII-XX)/L'enseignement du droit XIIe et XXe siècle*, il Mulino, Bologna, 2019, p. 375.

[38] Matteo Carnì, *Scienza giuridica italiana e* Status Civitatis Vaticanae *(1929-2019). Riflessioni sull'autonomia scientifica e didattica del diritto vaticano*, in Giuseppe Dalla Torre, Gian Piero Milano (a cura di), *Annali di diritto vaticano 2019*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2019, pp. 35-112.

1929-1939 si caratterizza – oltre che per la fioritura canonistica[39] – anche per il pullulare di studi sul novello Stato e sul suo ordinamento giuridico, studi pubblicati sulle riviste di diritto canonico, ecclesiastico, pubblico ed internazionale, oppure su periodici di taglio giurisprudenziale o multidisciplinare, e più raramente in volumi monografici o miscellanei.

All'iniziale entusiasmo dei giuristi italiani per la realtà vaticana, seguì – nel corso degli anni – un interesse sempre più blando.

Il clima è stato ben colto da attenta dottrina, secondo cui «la vita del piccolissimo Stato non appariva più giuridicamente interessante; pareva che tutto, o quasi tutto, ormai fosse stato detto e scritto, nonostante i mutamenti che nel tempo pur si ponevano sia nelle configurazioni del governo, degli organi amministrativi e giudiziari, sia nella legislazione propriamente vaticana, che veniva a sostituire le leggi italiane recepite all'atto della costituzione dello Stato. […] L'interesse dei giuristi per l'esperienza giuridica vaticana venne a declinare anche per il fatto che fino a non molto tempo fa, prima che la globalizzazione divenisse fenomeno mordente e pervasivo, gli ordinamenti giuridici statuali apparivano autoreferenziali, chiusi in sé stessi, impenetrabili nella loro sovranità autosufficiente, sicché la loro conoscenza dall'esterno appariva per i pratici del diritto non utile, mentre per i teorici era rilevante solo nel piccolo ed elitario recinto degli studi di diritto comparato»[40].

La parabola esistenziale, scientifica ed accademica di Pio Ciprotti costituisce – in un siffatto scenario – una vistosa eccezione.

Dalla prima monografia giusvaticanista del 1938, dedicata al diritto privato vaticano[41], sino ad arrivare agli ultimi scritti in materia vaticana redatti fino all'approssimarsi della sua scomparsa avvenuta nel 1993, Pio Ciprotti ha sempre offerto alla comunità scientifica preziosi contributi sul diritto vaticano, divenendo il più grande conoscitore a livello mondiale dei profili giuridici della *Civitas Vaticana*.

Desta stupore, tuttavia, la parabola manualistica di Pio Ciprotti circa il diritto vaticano. Sin dagli *Appunti per il corso di diritto ecclesiastico*[42], concepiti per gli studenti del *Pontificium Institutum Utriusque Iuris*, in cui insegnava per incarico diritto ecclesiastico italiano e diritto privato comparato, Ciprotti

---

[39] Cfr. Paolo Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, cit., pp. 266-273 [cap. VI, § 9. *Fioritura canonistica*], ora in Id., *Scritti canonistici*, a cura di Carlo Fantappiè, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 183-191.

[40] Giuseppe Dalla Torre, Piero Antonio Bonnet, *Presentazione*, in *Annali di diritto vaticano 2015*, a cura degli stessi, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2015, pp. 5-6.

[41] Pio Ciprotti, *Appunti di diritto privato vaticano*, Studium, Roma, 1938.

[42] P. Ciprotti, *Appunti per il corso di diritto ecclesiastico*, Studium, Roma, 1941, pp. 67-99.

affrontò le varie problematiche giusvaticaniste e sulla Santa Sede in maniera chiara ma alquanto sintetica. Maggiori approfondimenti si rinvengono nel manuale edito dalla Cedam, questa volta destinato a studenti di università statali[43]. L'esiguità dello spazio riservato nei manuali di Ciprotti alla *Civitas Vaticana* ed al suo ordinamento si giustifica per l'ampia attenzione dedicata dall'insigne giurista al diritto dello Stato enclave in studi monografici o saggi destinati a riviste giuridiche italiane ed estere, oltre che nella pratica quotidiana come magistrato vaticano. Si pensi al citato volume dedicato al diritto privato vaticano che può considerarsi la prima monografia specialistica sull'ordinamento giuridico vaticano dopo il classico lavoro di Federico Cammeo.

Ho già avuto modo di mettere in rilievo il pressoché inesistente spazio dedicato a tematiche di diritto vaticano nei manuali di diritto canonico[44].

Siffatto aspetto può apparire anomalo specie se si considera che l'ordinamento canonico è la prima fonte e il primo criterio di interpretazione dell'ordinamento giuridico vaticano.

Con riferimento alla vecchia codificazione canonica un'eccezione al silenzio sulla *Civitas Vaticana* è costituita dalle *Lezioni di diritto canonico* di Pio Ciprotti che, nella parte dedicata all'ordinamento gerarchico della Chiesa, si limita a ricordare che il Romano Pontefice oltre alla suprema potestà di giurisdizione nella Chiesa ha anche la sovranità temporale sullo Stato della Città del Vaticano[45].

Dopo il decennio successivo ai Patti lateranensi, gli studi di diritto vaticano iniziarono ad essere sostanzialmente meno frequenti, nonostante alcune importanti svolte normative costituite dal Codice vaticano di procedura civile (1946)[46], o dalla normativa sulla navigazione marittima[47] sotto la bandiera dello SCV (1951).

Altre importanti tappe legislative furono quelle segnate dalla legge n. XII sul diritto d'autore (1960) e dalla più celebre legge n. L che modifica la legislazione penale e processuale penale (1969). Ma si pensi anche alla legge che approva il nuovo ordinamento giudiziario vaticano del 1987, o alle norme relative al rapporto di lavoro del personale dello SCV.

---

[43] Pio Ciprotti, *Diritto ecclesiastico*, II ed., Cedam, Padova, 1964, pp. 81-117.

[44] Matteo Carnì, *Scienza giuridica italiana e* Status Civitatis Vaticanae *(1929-2019). Riflessioni sull'autonomia scientifica e didattica del diritto vaticano*, cit., pp. 58-60.

[45] Pio Ciprotti, *Lezioni di diritto canonico. Parte generale*, Cedam, Padova, 1943, p. 273.

[46] Approvato da Pio XII, unitamente all'Ordinamento Giudiziario, con il *motu proprio Con la legge* del 1 maggio 1946.

[47] Pontificia Commissione per lo SCV, *Decreto n. LXVII concernente la navigazione marittima sotto la bandiera dello Stato della Città del Vaticano*, 15 settembre 1951, in *AAS*, *Suppl*., 1951, pp. 69-74.

Siffatti tornanti normativi nel periodo *de quo*, così come altri aspetti dello Stato enclave in generale o della normativa vaticana susseguitasi negli anni, hanno ricevuto l'attenzione soltanto da figure di una notevole sensibilità culturale e perizia giuridica sulle *res vaticanae* come Pio Ciprotti.

Nella produzione giusvaticanista di Pio Ciprotti, oltre ai visionati cenni contenuti nei manuali di diritto canonico ed ecclesiastico, si possono dunque rinvenire opere monografiche[48], articoli su riviste giuridiche ed annali universitari[49], capitoli di volumi collettanei o pluridisciplinari[50], contributi destinati a *festschriften*[51] e voci enciclopediche[52]. Alcuni importanti riferimenti al diritto vaticano sono contenuti in scritti di diritto canonico o di diritto privato comparato[53].

Pio Ciprotti ha contribuito con i suoi scritti a definire i contorni del diritto vaticano, disciplina giuridica che presentava uno statuto epistemologico ancora embrionale ma che grazie alla sensibilità dell'illustre Maestro ha saputo elevarsi – nel corso degli anni – al rango di disciplina autonoma, almeno sul piano didattico[54].

---

[48] Pio Ciprotti, *Appunti di diritto privato vaticano*, cit.

[49] Pio Ciprotti, *La protection des droits de l'homme en procédure criminelle dans l'Eglise Catholique et dans la législation de la Cité du Vatican*, in *Annali della Facoltà Giuridica. Università di Camerino*, 1960, pp. 321-348; Id. *La recente riforma del diritto e della procedura penale nello Stato della Città del Vaticano*, in *Annali della Facoltà Giuridica. Università di Camerino*, 1970, pp. 381-384; Id., *Aggiornati gli organi giudiziari ecclesiastici e civili dello Stato della Città del Vaticano – Adnotationes*, in *Apollinaris*, 1987, pp. 368-382; Id., *La giustizia amministrativa nell'ordinamento giuridico vaticano*, in *Ius Ecclesiae*, 1989, pp. 449-465; Id., *Le fonti del diritto in materia di impiego privato nella Città del Vaticano*, in *Rivista dell'impiego privato e mandato commerciale*, 1940, pp. 67-69; Id., *Ordenamiento del notariado en el estado de la Ciudad del Vaticano*, in *Rev. internacional del notariado*, 1962, pp. 277-281; Id., *La nuova legge vaticana sulla circolazione stradale*, in *Riv. giur. della circolazione e dei trasporti*, 1971, pp. 35-47; Id., *Législation étrangère: Citè du Vatican 1939 à 1950*, in *Rev. de dr. internat. et de dr. comparè*, 1951, pp. 195-199; Id., *La organización de la justicia en el estado de la Ciudad del Vaticano*, in *Foro español*, 1954, 16; Id., *Note comparative a disposizioni dei Patti Lateranensi*, in *Monitor ecclesiasticus*, 1969, pp. 481-477; Id., *Santa Sede e Trattato di non proliferazione: sovranità del Vaticano*, in *Gli Stati*, 1972, pp. 35-38, ed in Id., *Scritti scelti*, I. *Diritto ecclesiastico*, cit., pp. 207-212.

[50] Pio Ciprotti, *Leggi e tribunali*, in AA.VV., *Vaticano*, a cura di G. Fallani-M. Escobar, Sansoni, Firenze, 1948, pp. 361-386.

[51] Pio Ciprotti, *Documenti inediti relativi alla prima attuazione dei Patti lateranensi*, in *Scritti in onore di Gaspare Ambrosini*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1970, pp. 365-398; Id., *Qualche particolare aspetto dell'attività giudiziaria nello Stato della Città del Vaticano*, in AA.VV., *Dilexit iustitiam. Studia in honorem Aurelii card. Sabattani*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1984, pp. 591-603.

[52] Pio Ciprotti, *Delitti commessi nella Città del Vaticano*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XII, Giuffrè, Milano, 1964, pp. 38-41; Id., *Tribunali dello Stato della Città del Vaticano*, *ivi*, XLV, 1992, pp. 80-85; Id., *Città del Vaticano*, in *Dizionario di teologia morale*, IV ed., vol. I, Studium, Roma, 1968, pp. 309-310.

[53] Pio Ciprotti, *De successione necessaria in iure canonico*, in *Apollinaris*, 1-2, 1959, pp. 196-201.

[54] Sia consentito sul punto il rinvio a Matteo Carnì, *Scienza giuridica italiana e* Status Civitatis Vaticanae *(1929-2019). Riflessioni sull'autonomia scientifica e didattica del diritto vaticano*, cit.

Fino a qualche anno fa l'insegnamento del diritto vaticano era infatti relegato – come materia complementare – unicamente nella Pontificia Università Lateranense, ateneo in cui per la prima volta iniziò ad essere impartito grazie alla sensibilità culturale di Pio Ciprotti che nell'a.a. 1975-1976 affidò a Winfried Schulz[55] il primo corso di *Ius Civitatis Vaticanae*[56]. Dall'a.a. 1994-1995 al 2019 l'insegnamento è stato tenuto da Giorgio Corbellini[57].

Nel panorama universitario italiano il diritto vaticano si impone a partire dal 2012, anno in cui Giuseppe Dalla Torre fonda, in seno all'Università LUMSA di Roma la Scuola di Alta Formazione in Diritto Canonico, Ecclesiastico e Vaticano, dotata di un proprio consiglio scientifico e di apposite collane editoriali[58].

Fu proprio Pio Ciprotti, autorevole Presidente del Tribunale dello Stato della Città del Vaticano, a indicare nel dicembre del 1989 il nome di Giuseppe Dalla Torre alla superiore autorità ecclesiastica per colmare i ranghi vuoti del Tribunale di prima istanza. Ciprotti giunse altresì a individuare nella persona di Giuseppe Dalla Torre il suo successore nella carica di Presidente[59].

La carriera di Pio Ciprotti nella magistratura vaticana era iniziata nel 1943, anno in cui l'insigne giurista fu eletto Giudice supplente del Tribunale di I istanza dello Stato Città del Vaticano fino al 1954. Successivamente fu nominato Giudice effettivo del medesimo Tribunale e nel 1966 ne divenne Presidente, in sostituzione di Giovanni Carrara. Come messo in rilievo da Nicola Picardi, Pio Ciprotti «era destinato a lasciare un grande contributo alla formazione della giurisprudenza di questo Tribunale»[60]. Sempre il Picardi ha più volte ribadito che «i provvedimenti adottati dal Presidente Ciprotti, e le prassi da lui introdotte, vengono tuttora considerate autorevoli precedenti e conservano il loro valore persuasivo»[61].

---

[55] Nell'*Ordo studiorum*, a.a. 1975-1976, p. 123, l'insegnamento dello *Ius Civitatis Vaticanae* [codice D 36] rientrava tra le *disciplinae speciales*.

Alcuni scritti giusvaticanisti di mons. Winfried Schulz sono stati editi in *Der Staat der Vatikanstadt, der Heilige Stuhl und die Römische Kurie in den Schriften von Winfried Schulz. Franz X. Walter zur Vollendung des 70. Lebensjahres*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1999.

[56] Notizie anche in Giorgio Corbellini, *Diritto dello Stato della Città del Vaticano*, [*Appunti ad uso degli studenti*], a cura di Waldery Hilgeman, Città del Vaticano, 2016-2017, p. 7.

[57] S. E. Mons. Giorgio Corbellini, Presidente dell'Ufficio del Lavoro della Sede Apostolica, è venuto a mancare il 13 novembre 2019.

[58] Sul «notevole impegno scientifico e professionale alla costruzione del diritto vaticano» di Giuseppe Dalla Torre si veda Giovanni Battista Varnier, *La costruzione del diritto vaticano: il contributo della dottrina*, in *Diritto e religioni*, 1, 2019, p. 199.

[59] Giuseppe Dalla Torre, *Vaticano addio*, [*in corso di pubblicazione*].

[60] Nicola Picardi, *Nell'ottantesimo anniversario della giurisdizione vaticana*, cit., p. 164 n. 77.

[61] Nicola Picardi, *Nell'ottantesimo anniversario della giurisdizione vaticana*, cit., p. 170 n. 100;

In funzione di Presidente del Tribunale dello Stato della Città del Vaticano, Ciprotti «dimostrò di saper mettere la scienza giuridica al servizio della giustizia, nel rispetto profondo verso le persone»[62].

A tutt'oggi sono rari gli studi sulla personalità e sul pensiero di alcuni maestri del diritto nei confronti della *Civitas Vaticana* e del diritto vaticano[63], ma soprattutto manca una indagine storica che analizzi gli strumenti attraverso cui quella personalità o quel pensiero dei maestri «hanno più o meno efficacemente superato le rigide barriere delle specializzazioni accademiche ed hanno così contribuito, in maggiore o minor misura, a formare la cultura giuridica di intere generazioni di operatori del diritto»[64].

La poliedrica figura di Pio Ciprotti rientra a pieno titolo tra i Maestri che, al di là delle materie impartite nelle università, hanno saputo cogliere lo spirito del diritto vaticano, non solo grazie alla esperienza maturata in seno alla magistratura vaticana, ma soprattutto per l'estensione degli interessi culturali e per una conoscenza unitaria del diritto non relegata dunque all'*hortus conclusus* del singolo settore disciplinare professato.

Id., *Lo Stato vaticano e la sua giustizia*, Cacucci, Bari, 2009, p. 111, n. 68; *Relazione del promotore di giustizia per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 2003*, in Giuseppe Dalla Torre, Piero Antonio Bonnet (a cura di), *Annali di diritto vaticano 2015*, cit., p. 176.

[62] Winfried Schulz, *In ricordo di Pio Ciprotti*, cit., p. 398.

[63] Si veda ad esempio Giuseppe Dalla Torre, *Necrologi di Piero Antonio Bonnet ed Eugenio Selvaggi*, in Giuseppe Dalla Torre, Gian Piero Milano (a cura di), *Annali di diritto vaticano 2018*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2018, pp. 235-239; Giuseppe Dalla Torre, *Il contributo di Piero Antonio Bonnet alla giurisprudenza vaticana*, in Giuseppe Dalla Torre, Gian Piero Milano (a cura di), *Annali di diritto vaticano 2019*, cit., pp. 209-222. Si veda anche il profilo di Winfried Schulz tracciato da Cesare Mirabelli, *Der Staat der Vatikanstadt, der Heilige Stuhl und die Römische Kurie in den Schriften von Winfried Schulz*, in *Der Staat der Vatikanstadt, der Heilige Stuhl und die Römische Kurie in den Schriften von Winfried Schulz. Franz X. Walter zur Vollendung des 70. Lebensjahres*, cit., pp. 11-13. Quanto al promotore di giustizia Nicola Picardi si rinvia a Cristina Asprella, *Nicola Picardi, promotore di giustizia*, in Giuseppe Dalla Torre, Piero Antonio Bonnet (a cura di), *Annali di diritto vaticano 2017*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2017, pp. 213-229.

[64] Così Silvio Ferrari, *Ideologia e dogmatica nel diritto ecclesiastico italiano. Manuali e riviste (1929-1979)*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 4, ma con riferimento al diritto ecclesiastico italiano.

Riassunto

L'articolo è dedicato alla vita di Pio Ciprotti, professore di diritto canonico ed ecclesiastico e magistrato vaticano. In particolar modo viene analizzato il contributo di Ciprotti allo studio del diritto vaticano, disciplina sempre più orientata verso una propria autonomia scientifica.

Parole chiave

Pio Ciprotti; Stato della Città del Vaticano; diritto vaticano.

Abstract

This paper aims to clarify the personality of Pio Ciprotti and his studies on vatican law. A particular attention is given to the special Ciprotti's contribution on vatican law, a juridical discipline ever more oriented toward its proper autonomy.

Key words

Pio Ciprotti; Vatican City State; vatican law.

Atti di culto islamici ed innovazione tecnologica. Zakat, blockchain *e trasparenza finanziaria.*

Vasco Fronzoni

Sommario: *1. Solidarietà islamica e atti di culto – 2. Distrazione del gettito della tassazione religiosa per fini illeciti – 3. La tecnologia blockchain come opportunità per la finanza islamica – 4. Blockchain e zakat*

1. Solidarietà islamica e atti di culto

Il principio solidaristico costituisce un elemento cardine di tutta la società musulmana, basilare come l'etica buddista della compassione e il comandamento cristiano dell'amore per il prossimo[1].

Per i musulmani, le pratiche di solidarietà e gli atti filantropici non toccano soltanto un'attitudine sociale ma costituiscono un elemento essenziale della pratica religiosa. Numerosi sono i riferimenti sharaitici indirizzati all'azione umanitaria, sia di natura obbligatoria che raccomandata, indirizzati sia nei confronti dei credenti che in quelli dei non musulmani.

Com'è noto, nell'islam la fratellanza di fede ha rimpiazzato gli antichi legami clanici, tribali, di razza e di discendenza che esistevano nell'epoca pagana "*Perchè i credenti son tutti fratelli*" (Cor XLIX, 10)[2]. Questa comunanza ha fatto dei musulmani una comunità nuova, solida e prospera, che al suo interno ha sviluppato in maniera forte il senso di appartenenza. Tali sentimenti di reciprocità hanno per effetto una solidarietà spirituale e materiale il cui scopo è quello di aiutare e tutelare i correligionari e di consolidare e conservare la vicinanza tra di essi: "*…aiutatevi l'un l'altro a praticare la pietà…*" (Cor V, 2).

Per assicurare la coesione e l'accordo tra i musulmani anche da un punto

---

[1] Hans Kung, *Islam: passato, presente e futuro*, Rizzoli, Milano, 2005, p. 685.

[2] Per tutte le citazioni del Corano, per il testo arabo si fa riferimento all'edizione rivista ed editata dalla Presidenza generale della Direzione delle Ricerche scientifiche islamiche, dell'Ifta, della Predicazione e dell'Orientamento religioso del Regno di Arabia Saudita, al-Madinat al-Munawwarah (Medina), 1351 H. (1932) mentre, per il testo in italiano, ci si riferisce a Alberto Ventura (a cura di), Ida Zilio Grandi (tradotto da), *Il Corano*, Arnoldo Mondadori Editore, Milano, 2010.

di vista sostanziale, l'islam si è preoccupato di garantire per i credenti una solidarietà materiale. Se nella società musulmana si trova un individuo debole che versa in uno stato di povertà o di indigenza, la particolare concezione della giustizia egualitaria impone che l'attenzione sia posta sul bisognoso, affinché gli siano garantiti cibo, vestiti, medicinali, assistenza, ospitalità. In effetti, il principio di uguaglianza è fortemente sentito nell'islam e l'intera società deve prendersi cura degli altri, del loro benessere spirituale, della loro condizione materiale, dei bisogni individuali e del loro bene collettivo o sociale. Infatti, aiutare il prossimo rappresenta una regola basilare di condotta nel modo di vita islamico: "*Adorate dunque Iddio e non associategli cosa alcuna, e ai genitori fate del bene, e ai parenti e agli orfani e ai poveri e al vicino che v'è parente e al vicino che v'è estraneo e al compagno di viaggio e a viandante e allo schiavo, poiché Dio non ama chi è superbo e vanesio*" (Cor IV, 36). La funzione primaria delle attività altruistiche nell'Islam consiste quindi nel realizzare una equa distribuzione delle entrate e della ricchezza in diverse maniere, mediante elargizioni dirette dal ricco al povero, con progetti di assistenza per i disagiati e di programmi per lo sviluppo della comunità, ovvero tramite interventi mirati che consentano al povero di rendersi più autonomo sul piano economico[3].

Numerosi sono i versetti del Corano che sollecitano i musulmani a fare atti di carità e a condividere i propri beni donando una "decima", tra i quali vanno ricordati: "*eseguite la preghiera, pagate la decima*" (Cor II, 43); "*O voi che credete donate delle cose buone che avete guadagnato*" Cor II, 267); "*Qualsiasi cosa diate in elemosina o qualsiasi voto facciate, Dio lo sa*" (Cor II, 270); "*Se le elemosine le farete pubblicamente, buona cosa è questa; ma se le farete in segreto dando dei vostri beni ai poveri, questa è cosa migliore e per voi servirà d'espiazione per le vostre colpe*" (Cor II, 271); "*(…) quel che donerete di bene sarà a vostro vantaggio (…) dovete donare soltanto per desiderio del volto di Dio*" (Cor II, 272); "*In verità coloro che credono ed operano il bene, che compiono la preghiera, e pagano la decima, avranno la loro ricompensa presso il Signore*" (Cor II, 277); "*E dà al consanguineo il suo diritto e al povero ancora e al viandante*" (Cor XXX, 38)"*i quali compiono la preghiera e danno la decima e nel mondo dell'oltre credono di ferma fede*" (Cor XXXI, 4); "*e quei che ciberan per amor suo il meschino e il prigioniero e l'orfano*" (Cor LXXVI, 8). Il Libro sacro incoraggia i più facoltosi a contribuire al benessere della società assistendo i poveri, con gentilezza e senza insulti,

[3] In tal senso Mohamed Ariff, *La raccolta delle risorse attraverso il volontariato islamico nel Sud-est Asiatico*, in Andrea Pacini (a cura di), *Tasse religiose e filantropia nell'islam del Sud est asiatico*, Edizioni della Fondazione Giovanni Agnelli, Torino, 1997, p. 23.

elargendo senza lesinare e con spirito sincero e non farisaico "*Una parola gentile e di perdono è meglio di un'elemosina seguita da offesa (…) O voi che credete, non rovinate le vostre elemosine rinfacciandole e offendendo, come colui che dona i suoi beni per farsi vedere dalla gente*" (Cor II, 263-264).

Tra le risorse primarie che producono un gettito per finalità filantropiche, vanno annoverate quelle contribuzioni che ricadono sui soggetti che vivono nella *dar al-islam*, vale a dire i protetti e i musulmani. Sui *dhimmiyun* gravita la tassa di capitazione (*gizya*), mentre ogni musulmano è tenuto a corrispondere la *zakat*, concepita come contribuzione religiosa ed anche come elemosina legale[4].

Quest'ultima, com'è noto, è una imposta obbligatoria che deve essere versata da tutti i musulmani puberi e sani di mente che abbiano realizzato redditi finanziari prodotti nell'anno lunare di riferimento, tali da oltrepassare il *nisab*, una soglia minima imponibile, rappresentata da 20 *dinar* d'oro ovvero 200 *dihram* d'argento. Vengono tassati con una aliquota del 2,5 % circa, tutti i beni che producono ricchezza o che derivano da attività produttive, come i depositi in denaro su conti correnti bancari, l'oro, l'argento, le merci di scambio destinate ad attività commerciali, i capi di bestiame, il raccolto, le miniere, il bottino di guerra, un tesoro nascosto. Viceversa, tutti i beni che non producono ricchezza come ad esempio gli utensili, l'abbigliamento, il cibo, i mobili e la propria casa non vanno inclusi nel gettito[5].

Per ben comprendere il rilievo che la *zakat* riveste nella società islamica, essa deve essere opportunamente inquadrata tra gli atti di culto o *ibadat*, vale a dire tra i pilastri dell'islam, con la conseguenza che, oltre al valore assistenzialistico-sociale, è ben evidente la sua obbligatorietà giuridica e la sua importanza religiosa. Ed infatti, in quanto obbligazione legale, va rimarcato come, nella organizzazione istituzionale dello Stato islamico, tra i doveri dei governati c'è anche quello del versamento della elemosina legale ed è compito dello Stato raccoglierla e distribuirla. In quanto precetto religioso, va colto il senso intrinseco della *zakat* racchiuso nel testo coranico "*Preleva sulle loro ricchezze una decima per purificarli e mondarli*" (Cor. IX, 103); "*Prosperera chi si purificherà*" (Cor. LXXXVII, 14). Il ruolo purificatore della *zakat*, elemosina legale, oltre che dal suo proprio senso semantico, è evidenziato dal fatto che il credente, dopo aver calcolato lui stesso l'ammontare del suo

---

[4] La letteratura sulla *zakat* è vastissima. Per una introduzione all'argomento, si rimanda a Aron Zysow, *sub voce* "*Zakat*", in *The Encyclopaedia of Islam*, Brill, Leiden, XI, 2002, p. 406 ss.

[5] Sull'ammontare della soglia minima imponibile per le diverse categorie di beni soggetti a tassazione, si veda Abdul Rahman Pasquini, *Islam: Rito d'adorazione e imposta coranica*, Quaderni islamici, Edizioni del Calamo, Milano, 2002, p. 75 ss.

reddito imponibile, non esita a versare il suo obolo per scopi pii ed edificatorii, rendendo così puri i beni che gli restano[6]. L'imposta, quindi, deve essere pagata per purificare la ricchezza che oltrepassi il *nisab*. Il Corano prevede otto categorie di *asnaf*, i destinatari e beneficiari dell'elemosina legale, ma tace sulla percentuale spettante a ciascun legittimato: "*Perché il frutto delle Decime e delle elemosine appartiene ai poveri e ai bisognosi e agli incaricati di raccoglierle, e a quelli di cui ci siam conciliati il cuore, e così anche per riscattar gli schiavi e i debitori, e per la lotta sulla via di Dio e pel viandante*" (Cor. IX, 60).

Gli *ahadith* esplicitano il principio talvolta in modo da fungere come esempio: "*I primi ad entrare in paradiso sono coloro i quali compiono opere pie*" [7], talaltra con tono imperativo: "*liberate i prigionieri, date da mangiare agli affamati e curate gli ammalati*" [8]. Per il fedele, compiere un atto di solidarietà è un modo di avvicinarsi ad Allah, di espiare i suoi peccati e di meritare il paradiso. Non si può essere veri credenti se non si va in soccorso dei bisognosi, poiché per il musulmano la solidarietà è un atto indissolubile dall'essere pii[9].

Storicamente, nei primi anni della nascita e dello sviluppo della comunità islamica, nel corso della *higra* da Mecca a Medina (necessitata dalle persecuzioni nei confronti della neonata comunità musulmana), i *muhagirun* (i fedeli emigrati) poterono sopravvivere proprio grazie all'aiuto degli *ansar*, gli ausiliari medinesi. É a partire da allora che si è strutturato il concetto di sostegno, di aiuto reciproco, del potersi sentire fratelli (nella fede, ma anche da un punto di vista pragmatico) indipendentemente dal luogo ove ci si ritrova, sotto forma di obbligatorietà di un intervento caritatevole in favore di chi versa in condizione di tutela, ma con intento non tanto rivolto ad un comportamento pio quanto per consentire all'emarginato un reinserimento nel circuito produttivo. Emblematica in tal senso è la istituzionalizzazione della finalità solidale ed assistenziale[10] attraverso il *waqf*, la fondazione pia, importante sia da un punto

---

[6] Sul ruolo e sul valore purificante della *zakat*, si veda Patricia Hidiroglou, *Acqua divina. Miti, riti, simboli,* Edizioni Mediterranee, Roma, 2007, p. 127 ss.

[7] Al-Bukhari, *Al-Gami' al-Sahih*, IV, Krehl, Leyda, 1862-1908, p. 73.

[8] *Ibidem*, p. 90.

[9] Jamal Krafess, *L'influence de la religion musulmane dans l'aide humanitaire*, in *Revue Internationale de la Croix Rouge*, 87, 2005, p. 336. Cfr. inoltre Maria d'Arienzo, *I fondamenti religiosi dell'economia nell'Islam*, nel vol. Antonio Fuccillo (a cura di), *I mercanti nel tempio. Economia, diritto e religione*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 21-40; Ead., *I fondamenti religiosi della finanza islamica*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica *(www.statoechiese.it)*, 16 luglio 2012 e in *Diritto e Religioni*, 1, 2012, pp. 187-194.

[10] Le fondazioni pie si occupano di garantire tutta una serie di servizi pubblici, dalla costruzione di moschee, ospedali, mense, bagni, strade, scavi di pozzi ecc. e costituiscono, allo stesso tempo, una realtà legale, religiosa e sociale. Per approfondimenti, Giorgio Vercellin, *Istituzioni del mondo*

di vista prettamente religioso che sotto l'aspetto sociale, che si impegna a gestire proprietà e beni immobili, sulla falsariga dei *trusts* o delle *foundations* del mondo anglosassone[11].

2. *Distrazione del gettito della tassazione religiosa per fini illeciti*

Il credente per donare la sua tassa religiosa può optare fra diverse strade. O individua personalmente il destinatario e la finalità filantropica e si occupa di donare o far arrivare i fondi direttamente al designato, ovvero lo fa per interposta persona, consegnando la propria "decima" all'imam del quartiere, oppure affidando le somme alle fondazioni pie, quasi sempre con un vincolo di destinazione.

Nei Paesi islamici pagare la *zakat* è una attività alquanto semplice che, viceversa, spesso si complica quando i musulmani si trovano in contesti a maggioranza non islamica. In tali ambiti, scegliere direttamente il beneficiario della propria attività munifica diventa alquanto difficile, quando non impossibile, in quanto non sempre si riesce ad interagire con facilità con i propri correligionari né è detto che si conoscono le necessità della comunità confessionale locale. Sempre più spesso, dunque, il credente si affida ad intermediari, confidando nei loro buoni uffici affinché il danaro risparmiato possa essere utilizzato con modalità edificanti e per scopi religiosi, proprio come prescrive l'atto di culto[12].

Tuttavia, la storia recente e la cronaca giudiziaria hanno mostrato come, talvolta, succede che il credente paghi la *zakat* con intento pio ma che la sua devozione venga poi svilita ed annullata dall'attività di interlocutori che si propongono di collettare i fondi per le destinazioni cultuali, ma che poi reimpiegano il gettito in traffici illeciti, legati essenzialmente al finanziamento di attività terroristiche internazionali.

Esiste una apparente motivazione teologica che viene utilizzata dalla corrente fondamentalista per legittimare l'uso dei fondi della tassazione religiosa per scopi terroristici. Interpretando in maniera anomala e strumentale la norma coranica, infatti, gli ideologi delle idee fondamentaliste asseriscono che combattere "*fi sabil Allah*" secondo il versetto 60 della sura IX significa

---

musulmano, Einaudi, Torino, 1996.

[11] Antonio D'Emilia, *Scritti di Diritto islamico*, I.P.O., Roma, 1976, p. 237 ss.

[12] Tra i maggiori in Italia, la società Islamic Relief. Per maggiori informazioni, cfr. l'indirizzo: *https://www.islamic-relief.it*.

eliminare fisicamente tutti i non musulmani, che sono nemici della vera fede[13].

Come è noto, il rischio ermeneutico non è rimasto a livello teorico ma si è calato nella realtà. Sul piano internazionale, ha fatto da apripista il discusso caso della banca saudita Raji Bank, che venne accusata di favorire e finanziare il terrorismo sedicente "islamico" e gli attentatori dell'11 settembre 2001[14]. Da allora, la casistica giudiziaria è proliferata ed ha toccato anche il territorio unionistico, come testimoniano paradigmaticamente i casi delle reti terroristiche facenti capo a Mohamed Ghaleb Kalag ed al cd. "*Mullah Krykar*"[15]. Le vicende hanno interessato anche l'Italia, dove sono state portate a termine non poche operazioni di polizia giudiziaria con processi talvolta ancora in corso. Basti citare l'operazione nota come "*Araba Fenice*", che consentì di scoprire un flusso da settanta milioni di euro riferibili a soggetti in contatto con Hezbollah e vicini a organizzazioni terroristiche, che eludevano la tracciabilità finanziaria dei proventi della tassazione religiosa[16]. Il mezzo attraverso il quale si persegue il reimpiego passa spesso attraverso il ricorso ai diffusissimi sportelli di *money transfer* ovvero agli strumenti del *hawala*, una cessione del debito fiduciaria che comporta lo spostamento di danaro tramite anticipazioni e pagamenti successivi o mediante compensazione di debiti e crediti, o del *suftaga* ovvero una cambiale in denaro emessa allo scopo di evitare i rischi del trasporto[17]. Il fenomeno è noto anche alla Banca d'Italia, che ha potuto constatare come i flussi di finanziamento al terrorismo, specie nel caso delle piccole organizzazioni locali o di soggetti che agiscono singolarmente, sono difficili da intercettare in quanto spesso vengono canalizzati al di fuori del circuito finanziario legale, risultano di importo contenuto e possono trarre origine da attività economiche di per sé lecite, come appunto risulta il gettito della tassa religiosa[18].

---

[13] Ciro Re, Vasco Fronzoni, *La zakat nel diritto islamico e i flussi economici nel finanziamento del terrorismo, alla luce del D. Lgs. 54/2009*, in *Intuslegere*, 2009, p. 12.

[14] *U.S. Vulnerabilities to Money laundering, Drugs, and Terrorist Financing: HSBC history*, U.S. Government Printing Office, Washington, 1, 2002, p. 401 ss.

[15] Vasco Fronzoni, *L'islam nel circuito penitenziario e la prevenzione della radicalizzazione violenta e del proselitismo. Profili comparatistici*, in *Diritto e Religioni*, 2, 2016, pp. 301 e 304.

[16] Pellegrino Costa, Sara Bartolucci, *Money Dirtying nel finanziamento al terrorismo: Follow the money. Strategie di contrasto al finanziamento del terrorismo internazionale*, in *Sicurezza e Giustizia*, 3, 2018, p. 10.

[17] Joseph Schacht, *Introduzione al diritto musulmano*, Edizioni della Fondazione Giovanni Agnelli, Torino, 1995, p. 83. Cfr. inoltre Maria d'Arienzo, *L'economia islamica nella globalizzazione dei mercati*, in *Diritto e Religioni*, 2, 2017, pp. 517-538, specialmente p. 531 ss.; Ead., *La contrattualistica islamica in un'economia globalizzata*, in Antonino Mantineo, Stefano Montesano (a cura di), *L'Islam. Dal pregiudizio ai diritti. Atti del Campus di Studio IUS/11 (Stilo, 18-21 maggio 2016),* Luigi Pellegrini Editore, Cosenza, 2017, pp. 123-152, in particolare p. 142 ss.; Ead., *Pluralismo religioso e dialogo interculturale. L'inclusione giuridica delle diversità*, Luigi Pellegrini Editore, Cosenza, 2018, p. 118 ss.

[18] Cfr. il sito: *http://www.ilsole24ore.com/art/commenti-e-idee/2017-01-24/quei-money-transfer-*

Il raggiramento degli scopi pii e la distrazione del danaro provento della *zakat* attraverso il suo reimpiego per il finanziamento del terrorismo internazionale sedicente islamico è stato cristallizzato anche in un noto romanzo, dal quale è poi nata una celebre pellicola cinematografica[19].

3. La tecnologia blockchain come opportunità per la finanza islamica

Per salvaguardare i fedeli musulmani nelle loro intenzioni pie e nel poter vedere i risultati della loro donazione messi a frutto in maniera virtuosa, interviene la tecnologia.

La *blockchain management system* (BMS) è una tecnologia informatica nata essenzialmente per condurre transazioni *online* senza dover fare ricorso agli istituti di credito, ma attraverso scambi diretti, ancorché immateriali. Tecnicamente, l'utente A può trasferire dal suo conto al conto dell'unente B un qualsiasi valore, firmando la transazione attraverso una chiave crittografica e B, all'occorrenza, può trasferire al conto di C l'importo o parte di esso, e così via, il tutto senza che vi sia un trasferimento fisico di beni o utilità. La catena si caratterizza per la sua trasparenza e verificabilità da parte di tutti coloro che partecipano al *network* e, dunque, risulta oltremodo interessante per l'etichettatura la memorizzazione e la tracciabilità di qualunque cosa abbia un valore e che si voglia trasferire "*peer to peer*" attraverso la rete. Nonostante questa trasparenza, che consente di accedere e verificare tutta la catena, la *privacy* è comunque garantita poiché non vengono rese note le varie identità dei titolari dei *block* che partecipano alla *chain*, ma queste sono espresse in codici alfanumerici elaborati da un algoritmo, riportati in un registro che diventa uguale per tutti ed accessibile. I codici dei blocchi non sono quindi direttamente riconducibili alle identità dei soggetti titolari dei conti. Inoltre, il valore aggiunto è costituito dal fatto che i partecipanti alla catena possono anche fungere da validatori delle identità (sebbene espresse non nominativamente) e della firma degli utenti dei *block* precedenti e, quindi, contribuire ad attestare la correttezza della transazione stessa[20].

Le monete virtuali, e segnatamente i *bitcoin* sono stati uno dei primi prodotti ad essere performati attraverso la tecnologia *blockchain*, proprio in virtù della possibile tracciabilità della catena di trasmissione, dal venditore al primo

---

che-alimentano-casseterrorismoislamico-164419.

[19] John Le Carrè, *A most wanted man*, Hodder & Stoughton, London, 2008, trasposto al cinema con un omonimo film dal regista Anton Corbijn nel 2014.

[20] Per approfondimenti, tra altri, Roberto Garavaglia, *Tutto su Blockchain*, Hoepli, Milano, 2018.

prenditore e fino all'ultimo acquirente. La compatibilità sharaitica dei *bitcoin*, delle valute virtuali e, più in generale, della tecnologia *blockchain* è stata oggetto di importanti dibattiti dottrinari, peraltro *in progress*, con pronunce anche autorevoli, come nel caso di una *fatwa* emessa dallo *Shaykh* di Al-Azhar nel gennaio 2018, e altisonanti consulenze in termini di *compliance* islamica[21].

Com'è noto, nell'atavica differenziazione metodica tra i commerci speculativi del mondo non islamico e i valori etici della finanza islamica, vi è un profondo divario, che trova il suo limite proprio nella componente etico-religiosa che deve guidare i credenti nella condotta dei loro affari. Obbiettivo dell'Islam è quello di rendere la società virtuosa, eticamente orientata ed, anche, produttiva. Dunque, tra i principi fondanti della finanza islamica troviamo soprattutto il divieto di prendere o ricevere interessi, lo scopo sociale ed etico del capitale utilizzato, il divieto di ingaggiarsi con commerci illeciti (alcol, gioco d'azzardo, droghe o simili), il divieto di transazioni che comportino una speculazione o un'alea.

In particolare, affinché le transazioni commerciali siano lecite, la *shari'a* richiede certezza circa l'oggetto del contratto, l'individuabilità del bene e la sua proprietà, unitamente ad assenza di rischi e non applicazione di tassi di interesse. Tutte caratteristiche che rendono in prima battuta la finanza islamica poco attrattiva per il mondo degli affari occidentale. Attraverso la tecnologia *blockchain* la tendenza può essere invertita e può essere sollecitato interesse per i prodotti finanziari islamici anche nel mondo occidentale, oltre che per gli utenti musulmani, in ragione della sharaiticità del sistema.

Un esempio è dato dal grande interesse che i mercati finanziari occidentali rivolgono ai *sukuk*, equiparabili a delle certificazioni obbligazionarie conformi alla *shari'a* [22]. Si tratta dell'acquisizione da parte degli investitori di un certificato di un emittente, il quale utilizza il danaro per la vendita del certificato investendolo in un'attività reale (che può essere l'acquisto di un immobile o anche l'esercizio di impresa), riscuotendo i profitti generati dall'investimento effettuato. Gli investitori guadagnano quando l'attività, aumentata nel frattempo di valore, viene venduta. Non vi è per l'investitore la sola restituzione del capitale investito accompagnata da una remunerazione a titolo di interesse, azione proibita, ma la piena condivisione dei rischi e dei profitti tra creditore

---

[21] Vasco Fronozni, *Il bitcoin è halal? Una visione islamicamente orientata sulle valute virtuali*, in *Diritto e Religioni*, 2, 2017, p. 545 ss.

[22] Hossein Askari, Zamir Iqbal, Abbas Mirakhor, *New Issues in Islamic Finance and Economics: Progress and Challenges*, John Wiley & Sons, Singapore, 2009, *passim;* Maria d'Arienzo, *L'economia islamica nella globalizzazione dei mercati*, cit, p. 533; Ead., *La contrattualistica islamica in un'economia globalizzata*, cit., p. 145 ss.

e debitore, in modo che siano presi in considerazione solo investimenti potenzialmente validi.

Anche l'Italia ha manifestato grande interesse per i prodotti di finanza islamica, arrivando a portare in discussione una proposta di legge, poi accantonata per l'avvicendamento della Legislatura[23].

Un nuovo prodotto collegato alla tecnologia *blockchain* che può risultare appetibile al mondo della finanza islamica e al pubblico dei credenti è rappresentato dagli *smart contracts*. Questi contratti ospitano clausole contrattuali in protocolli informatici gestiti da *software* e sono detti intelligenti poiché si eseguono *automaticamente, sulla base di determinate condizioni predeterminate dalle parti*. L'automazione è gestita dalla *blockchain* ed essi rappresentano un notevole metodo per assicurare la *shari'a compliance* di un prodotto o di un servizio, consentendo l'integrazione nella *blockchain* di eventuali termini e condizioni negoziali di portata confessionale. A mero titolo di esempio, la *shari'a*, considera illecite le clausole contrattuali che producono un indebito arricchimento da parte di un contraente in danno di terzi. Così, nei contratti di finanziamento, è clausola illecita quella che prevede a carico del debitore inadempiente penali o interessi di mora. Attraverso la tecnologia BMS applicata ai contratti intelligenti vi sarà una automazione nell'applicazione delle clausole sharaitiche senza possibili sviamenti. Un risvolto pratico viene fornito dalla possibilità che hanno le banche islamiche di scongiurare il rapido aumento dei tassi di interesse veicolati nel sistema finanziario tradizionale, applicando queste forme contrattuali, che risultano utili anche a ridurre le incertezze e le speculazioni proprie delle contrattazioni delle banche tradizionali, poiché la catena assicura la rapida esecutività delle clausole sharaitiche immesse in sede di sottoscrizione. Il negozio risulta così perfettamente in linea con la regola coranica, che richiede la inequivocabilità dei contratti prevedendo la forma scritta per tutte le obbligazioni assunte: "*O voi che credete, quando contraete un debito con scadenza precisa, mettetelo per iscritto; che uno scriba, tra di voi, lo metta per iscritto, secondo giustizia…*" (Cor II, 282). Vi è infatti certezza dell'esecuzione degli obblighi contrattuali, visibili a tutti i partecipanti della rete, trasparenza delle obbligazioni in quanto preimpostate e quindi note a tutti, impossibilità di modificare o annullare il contratto in corso d'opera, superare la possibile diffidenza contrattuale per la controparte sostituendo la fiducia tradizionalmente riposta negli intermediari con quella riposta nel sistema di *blockchain*[24].

---

[23] XVII Legislatura, proposta di legge n. 4453 intitolata "*Disposizioni concernenti il trattamento fiscale delle operazioni di finanza islamica*". Sul punto, in dottrina, cfr. Maria d'Arienzo, *Pluralismo religioso e dialogo interculturale. L'inclusione giuridica delle diversità*, cit., p. 131 ss.

[24] Hussein Elasrag, *Blockchains for Islamic finance: Obstacles & Challenges*, in *Munich Personal*

4. Blockchain e zakat

Un ultimo settore della finanza islamica che sta grandemente beneficiando della tecnologia BMS è costituito dalla *zakat*, in quanto fornisce trasparenza e certezza sulla raccolta, promozione e distribuzione dell'elemosina legale. Infatti, non sempre gli esattori della tassa, siano stati essi privati o fondazioni come ad esempio gli *awqaf*, hanno mostrato diligenza e rettitudine nel modo di amministrare il gettito della *zakat* e redistribuirlo alle otto categorie di destinatari. Addirittura, in certi frangenti, i fondi donati inconsapevolmente dai credenti sono finiti nelle maglie del finanziamento terroristico.

A scongiurare ogni rischio, la *blockchain* rende il processo tracciabile, verificabile e immutabile, a beneficio della tenuta del sistema ed a pacificazione degli animi dei credenti, che donano nella consapevolezza che l'intenzione pia riceverà il giusto approdo. Ed infatti sono ormai molte le organizzazioni che utilizzano la tecnologia BMS per la *zakat*, soprattutto nel sud est asiatico, attivando i pagamenti in criptovalute[25], riconvertendole in danaro corrente e andando ad eseguire le attività di beneficenza, che potranno essere controllate da tutti. Ci sono anche enti che hanno sviluppato delle applicazioni per facilitare il pagamento, consentendo ai musulmani di selezionare la loro scuola giuridica di riferimento e l'iniziativa benefica che vogliono supportare con la donazione, come ad esempio se per iniziative in campo idrico, sanitario, di istruzione o altro, con la possibilità di andare a verificare, a valle e nel tempo, la resa del progetto che si è scelto di appoggiare e come sono stati spesi i soldi donati[26].

La trasparenza nella destinazione degli investimenti e la possibilità di poter controllare con certezza e in tempo reale il percorso e la tracciabilità delle singole transazioni poste in essere non solo rappresenta un determinante strumento di prevenzione contro il finanziamento illecito del terrorismo internazionale, ma costituisce allo stesso tempo per il credente una comodità di poter pagare la *zakat* da casa "con un clic" e la garanzia che l'intento pio verrà mantenuto e rispettato.

RePEc Archive, 3, 2019, p. 29.

[25] Cfr. l'indirizzo: *https://www.dailymuslim.it/indonesia-arrivano-i-pagamenti-digitali-conformi-alla-sharia*.

[26] Cfr. l'indirizzo: h*ttps://breakermag.com/sharia-meet-blockchain-where-fintech-and-devotion-combine*.

Riassunto

L'eticità che caratterizza la religione islamica ed il particolare spirito solidaristico sentito e diffuso in tutta la comunità dei credenti sono caratteristiche che permeano le *ibadat*, gli atti di culto islamici, ed in particolare la *zakat* che rappresenta un fondamento del *welfare* dei moderni Stati islamici. Tuttavia, accade talvolta che l'intenzione pia dei fedeli nel donare la loro elemosina venga snaturata da condotte reprobe che indirizzano il gettito della tassa religiosa verso fini illeciti. Interviene in ausilio la tecnologia *blockchain*, che garantisce la trasparenza e la tracciabilità delle operazioni finanziarie e che, quando applicata alla *zakat*, non solo rende agevole l'esecuzione del pagamento, ma garantisce il credente nella lecita destinazione delle somme donate.

Parole chiave

Solidarietà musulmana; finanza islamica; zakat; blockchain; shari'a compliance.

Abstract

Islamic ethics and solidarity among believers are characteristics that permeate *Ibadat*, islamic acts of worship, and in particular the *Zakat* that is a fundamental basis of welfare in modern Islamic States. However, it sometimes happens that the pious intention of Muslims in giving their alms is distorted by illicit conducts that directs revenues of religious tax towards illegal purposes. Blockchain technology intervenes to assist the transparency and traceability of financial transactions and, when applied to the *Zakat*, not only makes payment execution easy, but also guarantees the believer in the lawful destination of the donated amounts.

Key words

Muslim solidarity; Islamic finance; Zakat; Blockchain; Shari'a compliance.

Religion and Finance from the Muslim Perspective

Rosa Geraci

Summary: 1. Islamic presence in Europe – 2. Financial inclusion of Muslims through Islamic banking – 3. Major Islamic contracts and the role of financial intermediation for banking system – 4. Islamic finance in Europe – 5. Conclusions

1. Islamic presence in Europe

During the last few decades Islamic presence in Europe has constantly increased, also because of globalisation[1]. However, Muslims are not homo-

[1] About relations between law, religion and cultural globalization, see Maria D'Arienzo, *Zucherberg e i nuovi rapporti tra diritto e religioni. A proposito di libertà di coscienza nell'era digitale,* in *Diritto e Religioni,* 1, 2019, p. 384 ss.; Ead., *Pluralismo religioso e dialogo interculturale. L'inclusione giuridica delle diversità,* Luigi Pellegrini Editore, Cosenza, 2018, p. 47 ss.; Ead., *La contrattualistica islamica in un'economia globalizzata. Prospettive di diritto interculturale,* in Antonino Mantineo, Stefano Montesano (a cura di), *L'Islam. Dal pregiudizio ai diritti. Atti del Campus di Studio IUS/11 (Stilo, 18-21 maggio 2016)*, Luigi Pellegrini editore, Cosenza, 2018, pp. 123-152; Ead., *L'economia islamica nella globalizzazione dei mercati,* in *Diritto e Religioni,* 2, 2017, p. 517 ss.; Giuliano Amato, Carlo Cardia (a cura di), *Libertà religiosa, diritti umani, globalizzazione, L'unità del diritto,* Collana del Dipartimento di Giurisprudenza, Tre-Press, Roma, 2017, p. 23 ss.; Antonio Ingoglia, Mario Ferrante (a cura di), *Fenomeni migratori, diritti umani e libertà religiosa,* Libreria universitaria edizioni, Padova, 2017, p. 5 ss.; Roberta Ricucci, *Religione e politica nell'Islam territoriale. Differenze tra le prime e le seconde generazioni*, in *Quaderni di sociologia*, 66, 2014, p. 76; Anna Sveva Mancuso, *La presenza islamica in Italia: forme di organizzazione, profili problematici e rapporti con le Istituzioni,* in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*. Rivista telematica *(www.statoechiese.it)*, ottobre 2012, p. 1 ss.; Nicola Colaianni, *La laicità al tempo della globalizzazione,* in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*. Rivista telematica *(www.statoechiese.it)*, giugno 2009, p. 2 ss.; Paolo Piccozza, Giuseppe Rivetti (a cura di), *Religione cultura e diritto tra globale e locale,* Giuffrè, Milano, 2007, p. 46 ss.; Francesco Castro, *Il modello islamico*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 24; Mario Tedeschi, *Confessioni religiose/ VIII) Islam*, in Enciclopedia giuridica, Aggiornamento XI, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 2003, p. 6; Giorgio Vercellin, *Istituzioni del mondo musulmano*, Einaudi, Torino, 2002, p. 10 ss.; Louis Milliot, Francois Paul Blanc, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Dalloz, Paris, 2001, p. 23. See also: Maria D'Arienzo, *Appartenenza religiosa e reti sociali dei migranti*, in *Diritto e Religioni*, 2, 2016, pp. 270-289; Antonio Fuccillo, *Il cibo degli dei. Diritto, religioni e mercati*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 15 ss.; Paolo Branca, *A proposito di «dialogo»*, nel vol. Antonio Angelucci, Maria Bombardieri, Paolo Tacchini (a cura di), *Islam e integrazione in Italia*, Marsilio, Venezia, 2014, pp. 165-179; Antonio Fuccillo (a cura di), *I mercanti del tempio. Economia, diritto e religione,* Giappichelli, Torino, 2011, p. 5 ss.; Selenia Marabello, Bruno Riccio, *Migration and Development: Reflections on an Ambivalent Relationship*, in

geneously distributed, the highest concentration of Islamic communities is in Germany, Belgium, and France. Smaller communities can be found in the Mediterranean countries.

The present study has to take into account that Islam, which is definitively not a monolithic entity, is a complex world, and it becomes even more complicated if we consider the small percentage of Italian converts.

The complexity of Islamic sensibilities turns out to be more important today when we try to analyse the discriminations that Muslims have to face, mainly due to 'western' distortion that ties Islam to terrorism.

Indeed, the different connotations, characterizing Islamic traditions, have always been distorted by the commonplace depicting Islam as a violent religion. This proves how Islam is still misleadingly perceived by a significant part of European population. As a consequence, efforts to improve inclusion of Muslim communities are hampered.

Within the current framework, a key role in the integration process of minorities in each country is played by schools, which have the function of providing citizens with the skills and competences necessary to enter the European job market.

Essential discriminations emerge from data referring to Muslims work placement and to their professional qualifications[2].

Another field where we can find discrimination concerns remunerations, in fact, salaries for Muslims workers highlight a dramatic gap between them and European counterparts[3].

A survey of possible discriminations to the detriment of Muslims is not an easy operation because the limited public data on the issue are available only in few countries, such as Finland, France, Poland, and Sweden. The problem becomes more complicated because it is difficult to thoroughly compare data among the different EU legislations, and also because of the lack of a legal

---

Mara Benadusi, Chiara Brambrilla, Bruno Riccio (eds.), *Disasters, Development and Humanitarian Aid: New Challenges for Anthropology*, Guaraldi, Rimini, 2011, p. 183 ss.; Hein De Haas, *Migration and Development: a Theorical Perspective*, Working Paper n. 9, Oxford, International Migration Institute, 2008, p. 1 ss.

[2] Michele Gradoli, Maria del Carmen De La Cruz, Pilar Sanchez Gonzales, *Vie d'inclusione dei musulmani in Europa: marketing halal e banca islamica,* in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*. Rivista Telematica *(www.statoechiese.it)*, luglio 2016, p. 7 ss.

[3] ENAR's report about racial discrimination (particularly ENAR "*Racism and discrimination in employment in Europe 2012-2013"*) infact, shows that frequently migrants and members of the religious minority are destined to do similar or identical jobs. For example, it must be born in mind that the *Greek Labour Force Survey* showed that migrants coming from countries not belonging to the Ue earn 25.3 percent less than the Greek counterparts and in Austria migrants who have turkish origins earn about 20 percent less than the average with equal qualification.

definition of Islamophobia, which often leads to confuse racial hatred with religious intolerance.

The difficulty of data collection on crimes against Muslims emerges in the *8th Report on Islamophobia* prepared by the OIC Observatory in 2015, where the authors write that it is true that national systems do not have homogeneous instruments to fight against Islamophobia and to map religious intolerance phenomena. But, there exists a common European regulation aimed at prohibiting all kind of discriminations, included those based on religion. These measures are mainly directives and decisions designed to counter discriminatory behaviours. We mention here the European Directive 2000/43/CE approved on 20th June 2000, and Directive 2000/78/CE of 27th November 2000, that represented the first European interventions to cancel inequality. So much so that currently the European Council is debating the proposal of a directive ruling a universal ban for discriminations based on age, disability, sexual orientation, religion or belief, also beyond working environment.

There is a need of such a regulation because the above-mentioned directives only partially implement the principle of equality because they are applied to discriminations based on race or in a working environment. However, while an organic national and European intervention takes place, an important role to counter social exclusion of Muslims can be played both by the market and by some specific financial instruments.

2. Financial inclusion of Muslims through the Islamic Banking

The term Financial Exclusion, that was first coined in 1993 to describe a limited physical access to bank branches, acquired later a broader range of definitions. One of the most complete definition was given by Anderloni, Bayot, Bledowski, Iwanicz-Drozdowska, and Kempson, according to whom "*Financial exclusion refers to a process whereby people encounter difficulties accessing and/or using financial services and products in the mainstream market that are appropriate to their needs and enable them to lead a normal social life in the society in which they belong*"[4].

[4] Luisa Anderloni, Bernard Bayot, Piotr Bledowski, Margorzata Iwanicz-Drozdowska, Elaine Kempson, *Financial services provision and prevention of financial exclusion*, European Commission, Bruxelles, 2008, p. 4 ss. See also Maria D'Arienzo, *Pluralismo religioso e dialogo interculturale. L'inclusione giuridica delle diversità,* cit., p. 53 ss.; Ead., *L'economia islamica nella globalizzazione dei mercati,* cit., p. 524 ss.; Francesco Alicino (a cura di), *I diritti umani bel mondo globale. Tradizioni religiose, tradizioni costituzionali e Mare nostrum*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, pp. 82 -83; Maria Luisa Maniscalco, *Islam europeo. Sociologia di un incontro*, Franco Angeli, Milano, 2012, p.

On one hand the term refers to the difficult access, which means usage, of services and products, and on the other it makes an important distinction between access and usage of financial services. In facts, access implies an automatic use of products and services, whilst usage means an aware and rational use[5].

Financial exclusion represents one of the main obstacles to the growth of financial sector globally. For this reason, in recent years, research and solution processing to deal with this issue have increased. Both governments of many countries and international organisations are committed in this project, and organizations such as G20 or World Bank established a plan to attain universal financial access by 2020.

A fundamental role in the process of social integration of Muslims is in facts played by Islamic banks, which demonstrate how Islam can influence traditional *marketing* by adding new concepts to conventional finance and processing new strategies[6].

---

101 ss.; Romano Bettini, *L'Islam come religione a potere temporale*, Franco Angeli, Milano, 2011, p. 133 ss.; Massimo Campanini, Karin Mezran, *Arcipelago Islam Tradizione, riforma e militanza in età contemporanea*, Laterza, Roma-Bari, 2007, p. 38 ss.

[5] See Paolo Lobiati, Anna Sammassino (a cura di), *Itinerari di diritto islamico. Tra pluralità e alterità,* Educatt, Milano, 2018, pp. 1 ss.; Abideen Adeyemi Adewale, *Financial Exclusion and Livelihood Assets Acquisition among Muslim Households in Ilorin, Nigeria: A Structural Invariance Analysis*, in *International Journal of Economics, Management and Accounting*, 2 , 2014, p. 69 ss.

[6] Paolo Pietro Biancone, Mohammad Ziad Shakhatred, *Asset Life Sukuk to Fund Utility Companies*, in *EJFI-European Journal of Islamic finance*, 6, 2017, p. 1 ss.; Maria D'Arienzo, *Appartenenza religiosa e reti sociali dei migranti*, in *Diritto e Religioni*, 2, 2016, pp. 288-289; Asli Demirguc-Kunt, Leora Klapper, Van Oudheusen, *The global Findex database 2014. Measuring Financial Inclusion around the World,* World Bank Group. Development Research Group. Finance and Private Sector Development Team, April 2015, p. 34 ss.; Mariassunta Cozzolino, *Profili d'inclusione e integrazione finanziaria dei migranti musul mani tra migrant banking e finanza islamica. Iniziative governative e prassi bancarie in Italia e in Europa*, nel vol. Carlo Cardia, Giuseppe Dalla Torre (a cura di), *Comunità islamiche in Italia. Identità e forme giuridiche*, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 269-298; Sami Ben Naceur, Adolfo Barajas, Alexander Massara, *Can Islamic Banking Increase Financial Inclusion?,* IMF Working Paper, WP/15/31, February 2015, p. 5 ss.; Asli Demirguc-Kunt, Leora Klapper, Douglas randall, *Islamic Finance and Financial Inclusion: Measuring the Use of and Demand for Formal Financial Services among Muslim Adults*, Policy Research Working Paper 6642, World Bank, Washington, DC, 2013, p. 1 ss.; Zamir Iqbal, Asli Demirguc-Kunt, Leora Klapper, *Measuring financial Inclusion: The Global Findex,* Policy Research Working Paper No. 6025, World Bank, Washington DC, 2012, p. 4 ss.; Abbas Morakhor, *Financial Inclusion: Islamic Finance Perspective,* in *Journal of Islamic Business and Management*, vol. 2, n. 1, 2012, pp. 35-64; Mahmoud Mohiedin, Zamir Iqbal, Ahmed Rostom, Fu Xiaochen, *The role of Islamic finance in Enhancing financial inclusion*, in *Organization of Islamic Cooperation (OIC) countries. Islamic Economic Studies*, 2, 2012, pp. 55-120; Rene Smits (ed.), *Islamic finance and the influence of religion on the law*, Eleven International Publishing, The Hague, 2012, p. 24 ss.; Federica Miglietta, *Bond islamici alla conquista dei mercati. Opportunità, rischi e sfide dei sukuk*, EGEA, Milano, 2012, p. 57 ss.; Andrea Nuvoli, *Negozi onerosi in ambito religioso come contributo per la moderna economia etica. Profili sistematici e proposte dottrinali*, Edizioni Nuova cultura, Roma, 2012, p. 64 ss.; Gian Maria

Taking into due consideration Muslim consumers through the offer of financial products and services complying with Islamic law represents one of the fundamental steps in the process of inclusion of Muslims in Europe. In this sense, Islamic finance is an instrument for social as well as for financial inclusion of Muslims that, as we have already seen, are among the five most vulnerable ethnic groups subject to discrimination in the European job market, and represent the first religious minority being discriminated because of their belief.

Intense debate over the potentiality of Islamic banking system as an instrument of social inclusion for Muslims sees divergent opinions. Indeed, on one hand the World Bank in its 2014 report on financial inclusion advises that development of Islamic financial products and services could increase the rate of banking penetration in some brackets of world population[7]. On the other hand, most of the doctrine agrees that data currently available do not make it possible to define with certainty the impact of *Islamic banking* on financial inclusion of Muslims[8].

Moreover, there are further criticisms whether the Islamic bank is too concentrated on developing new products and services to the point of risking becoming too similar to a traditional bank. It has also emerged that the Islamic banking system did not achieve its social goals and that no grounded form of *corporate governance* was developed, but only policies of *corporate social responsibility*[9].

It is therefore necessary to continue to develop new strategies so that Islamic finance could satisfy economical, social, and ideological expectations. In this perspective, it is crucial that Islamic teaching should be dedicated at the entire activities of human beings so that it could instill ethical and good practices starting from home to the workplace and embed in the heart until it is

---

Piccinelli, *Servizi finanziari innovativi per i migranti nel contesto euro-mediterraneo. Un confronto tra modelli*, in Roberta Aluffi Beck-Peccoz, *Identità religiosa e integrazione dei musulmani in Italia e in Europa. Omaggio alla memoria di Francesco Castro*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 119-135.

[7] World Bank, *Global Financial Development Report 2014: Financial Inclusion,* Washington DC, p. 3 ss.

[8] Sami Ben Naceur, Adolfo Barajas, Alexander Massara, *Can Islamic Banking Increase Financial Inclusion?,* IMF Working Paper, WP/15/31, February 2015, p. 1 ss.; Asli Demirguc-Kunt, Leora Klapper, Douglas randall, *Islamic Finance and Financial Inclusion: Measuring the Use of and Demand for Formal Financial Services among Muslim Adults,* cit., p. 12 ss.; Erik Feyen, Katie Kibuuka, Diego Sorrouille, *FinStats 2014: A ready-to-use tool to benchmark financial sectors accros countries and time,* World Bank, Washington DC, 2013, p. 13 ss.

[9] Mehmet Atusay, *Conceptualising and locating the social failure of Islamic Finance aspirations of Islamic moral economy vs. the realities of Islamic finance,* in *Asian and African Area Studies*, 11, 2, 2012, pp. 93-113.

put into actual practice. As a consequence, Islamic ethics in the person would grow as a powerful shield that is continuously adaptable to technology, the rapid growth of the economy and humans endless desires.

From a legal point of view, the government should contribute by assisting stakeholder in terms of legislation and litigation. While conducting cross-border business activities, however, it is important for any Islamic organization to be in compliance with all related law: local, international, as well as *Sharī'a*. There might be added complexities when a country implements a dual financial system, but on the other side, the perpetrator lives in a jurisdiction that adopts a single system. For this reason is very important introduce for Islamic banking and finance institutions globally a globalized *Sharī'a* standard in line with the spirit of Islam to enhance public as well as customer confidence in the industry.

3. Major Islamic contracts and the role of financial intermediation for banking system

The peculiar functioning of Islamic banks, involved in processes of sale and purchase of goods in compliance with *Sharī'a*, hence with the prohibition of resorting to traditional credit with a subsequent collection of interests, made it necessary the identification of many types of contracts in order to face ever changing needs linked to financial innovation[10]. Some of these contracts are participatory ones, such *Mudarabah* and *Musharakah*, and others are non-participatory contracts. Within the latter typology, we can distinguish contracts that are used in case of working capital contribution (*Murabahah* and

---

[10] On contract in Islamic Law, cf.: Maria D'Arienzo, *La contrattualistica islamica in un'economia globalizzata. Prospettive di diritto interculturale,* cit., pp. 123-152; Valentina M. Donini, *Cenni sul diritto islamico dei contratti*, in *Iura Orientalia*, VI, 2010, pp. 260-282; Federica Miglietta, Maria Grazia Starita, *Una tassonomia dei contratti*, in Claudio Porzio (a cura di), *Banca e finanza Islamica. Contratti, peculiarità gestionali, prospettive di crescita in Italia*, Edibank-Bancaria Editrice, Milano, 2009, pp. 13-76; Massimo Papa, *La definizione di contratto e l'autonomia contrattuale in diritto musulmano: dai principi della sharī'a alle legislazioni contemporanee*, in *Roma e America Latina*, 7, 1999, p. 285; Muhammad Chapra, *Islam and the Economic Challenge*, Ryadh, The International Institute of Islamic Thought, 1992, pp. 206-208. See also, Federica Miglietta, *L'importanza dell'etnia e della religione nel rapporto banca-cliente: l'Islamic finance*, in Anna Eugenia Omarini (a cura di), *Il migrant banking. Esigenze della clientela immigrata e modelli di servizio per l'offerta*, Bancaria Editrice, Roma, 2006, p. 5 ss.; Gian Maria Piccinelli, *La dimensione etica del diritto musulmano dei contratti classico e contemporaneo*, in Massimo Papa (a cura di), *Questioni attuali del diritto musulmano*, Università degli Studi di Bologna, Bologna, 2001, p. 187 ss.; Abdul Hâdi Gafouri, *Islam et économie. Réflection sur les principes fondamentaux de l'économie islamiques*, Edition al Bouraq, Beirut, 2000, p. 158 ss.; Chafik Chehada, s.v. *´aḳd*, in *Encyclopédie de l'Islam*, vol. I, A-B, 1975, p. 328; Emilio Bussi, *Principi di diritto musulmano*, Ispi, Milano, 1943, p. 135.

Salam), and others such *Ijarah* and *Istisna* used for fixed capital investments[11].

Mudarabah and *Musharakah* contracts are agreements in which profits and losses are shared. However, in *Mudarabah* one party (*Rab-al-maal*) provides capital to the other party (*mudarib*), which has the duty of the management in order to invest capital into businesses. Profit share in this case depends on the mutual agreement, whilst losses are charged to the owner of the capital, and the manager earns nothing for his work[12].

Unlike *Mudarabah*, in *Musharakah* two or more partners share their capital and manage the company. The sponsor, usually a bank, acquires part of the assets, thus becoming coproprietor and obtaining the right to intervene in the management of the company. Possible losses are charged to the parties proportionally to the capital contribution. Profits are divided according to the percentage agreed to in the contract, regardless of the share of invested capital.

As a consequence of Islamic prohibition of *Ribà*' further contracts have been created: *Murabahah* and *Salam*. The former consists in the acquisition of a good against a deferred payment.

Three parties are involved in this contract, namely the client of the bank (final buyer of the good), the seller (provider of the good), and a broker (the bank) that is both the buyer for the good's provider, and the seller for its client. Two different operations take place, the first between the bank and the good's provider, at a previously agreed price, and the second between the bank and its client at the cost price, plus a margin for the bank, which covers the services and the risks of the operation. This amount is agreed before the contract is signed[13].

---

[11] Gaetano Dammacco, Carmela Ventrella, *Religioni, diritto e regole dell'economia,* Cacucci, Bari, 2018, p. 105 ss.; Flavio Dezzani, Paolo Pietro Biancone, Donatella Busso, *IAS/IFRS*, Ipsoa, Milano, 2012, pp. 3 ss.; Giorgio Gomel, *Questioni di economia e finanza: Finanza islamica e sistemi finanziari convenzionali. Tendenze di mercato, profili di supervisione e implicazioni per le attività di banca centrale*, Banca d'Italia, Occasional Papers, n. 73, 2010, p. 1 ss.; François Guéranger, *Finance Islamique*, Dunod, Paris, 2009, p. 16 ss.; Antonio Dell'Atti, Federica Miglietta, *Fondi sovrani arabi e finanza islamica*, Egea, Milano, 2009, p. 7 ss.; Rony Hamaui, Marco Mauri, *Economia e Finanza Islamica. Quando i mercati incontrano il mondo del profeta*, Il Mulino, Bologna, 2009, p. 12 ss.; Haron Sudin, Wan Nursofiza, *Islamic Finance and Banking System. Philosophies, principles and practices*, McGraw-Hill, Kuala Lumpur, 2009, p. 18 ss.; Shamshad Akhtar, *Financial Globalization and the Islamic Financial Services Industry*, IFSB (Islamic Financial Service Board), 2008, p. 13 ss.

[12] Giorgio Gomel, *Questioni di economia e finanza: Finanza islamica e sistemi finanziari convenzionali*, cit, p. 42 ss.; François Guéranger, *Finance Islamique*, cit., p. 58 ss.; Rony Hamaui, Marco Mauri, *La banca islamica: prospettive di crescita e questioni aperte*, in *Contributi bancaria,* n. 6, 2008, pp. 20-34; Rony Hamaui, Marco Mauri, *Economia e Finanza Islamica*, cit., p. 21 ss.; Gabriella Gimigliano, Gennaro Rotondo (a cura di), *La banca islamica e la disciplina bancaria europea*, Giuffré, Milano, 2006, p. 34 ss.

[13] Gian Maria Piccinelli, s.v. *Muḍāraba*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, Sezione Civile XI, LI-M, Utet, Torino, 1994, pp. 485- 488.

Salam contract is characterized by an immediate purchase/sale of goods or services with a separate payment/delivery. It concerns the purchase or the sale of interchangeable goods with a deferred delivery, but against an immediate payment of its price[14].

Other important contracts used in intermediation in Islamic finance are *Ijarah* and *Istisna*.

Ijarah is a leasing that permits a company (lessee) to use an asset or a property for an agreed-upon price, with periodic payments, over a fixed period of time[15]. Its structure reminds of widely used leasing of conventional finance[16].

According to this kind of contract, it is possible the exclusive use of the good or, when the contract expires, the transfer of ownership to the lessee.

Another non-participatory contract to finance fixed capital, mainly used to manufacture or construct an asset is *Istisna*. By this contract, a company or business undertakes to purchase a non-existent asset against advance payment, for a future delivery of the goods. According to *Istisna* structure the bank enters into two parallel contracts: one with the obligor or contractor, and the other with the purchaser. In the former, a contractor, upon request of the bank, undertakes to manufacture an asset with a specific timeframe; in the latter, the bank undertakes to deliver, at a future fixed date, to the purchaser (its client) a certain asset whose specifications, price, and method of payment have been previously established[17].

The current Islamic financial system does not accomplish its role only by the means of banks, but also by the so-called *Sukuk*, Quran-compliant substitute of bonds, which can be compared to asset-backed bonds, against which there is a capital made of real activities[18].

---

[14] Giorgio Gomel, *Questioni di economia e finanza: Finanza islamica e sistemi finanziari convenzionali*, cit, p. 32 ss.; François Guéranger, *Finance Islamique*, cit., p. 61 ss.; Rony Hamaui, Marco Mauri, *La banca islamica: prospettive di crescita e questioni aperte*, cit., pp. 20-34; Rony Hamaui, Marco Mauri, *Economia e Finanza Islamica*, cit., p. 27 ss.; Gabriella Gimigliano, Gennaro Rotondo (a cura di), *La banca islamica e la disciplina bancaria europea*, cit., p. 45 ss.; Gian Maria Piccinelli, s.v. *Murābaḥ*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, Sezione civile XI, LI-M, Utet, Torino, 1994, pp. 525-528.

[15] Gian Maria Piccinelli, s.v. *Iǧāra wa iqtinā*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, Sezione civile IX, GI-interessi, Utet, Torino, 1998, pp. 303-305.

[16] Haron Sudin, Wan Nursofiza, *Islamic Finance and Banking System. Philosophies, principles and practices*, cit., p. 51 ss.; Kabir Hassan, Marvyn Lewis, *Handbook of Islamic Banking*, Edward Elgar Publishing, Ltd, UK, 2009, p. 18 ss.; Anouar Hassoune, *Islamic Banks profitability in an interest rate cycle*, in *International Journal of Islamic Financial Services,* 4, 2, 2002, pp. 1-13; Aḥmad ʻAbd al-Waliyy Vincenzo, *Islam. L'altra civiltà*, Mondadori, Milano, 2001, p. 129.

[17] Giorgio Gomel, *Questioni di economia e finanza*, cit, p. 26 ss.; Gabriella Gimigliano, Gennaro Rotondo (a cura di), *La banca islamica e la disciplina bancaria europea*, cit., p. 84 ss.

[18] An official definition of *Sukuk* has been given ten years ago by AAOIFI. See AAOIFI, *Shariah*

More specifically, they are certificates of participation representing share of undivided ownership of an overall company's capital composed by assets; their issuance is similar to a securitisation transaction. When the *Sukuk* are transferred, there is not only a purchase or sale of the paper document representing the assets, but also the assets they represent: this is the difference between *Sukuk* and financial instruments of conventional banking[19].

Islamic finance has the social impact *Sukuk* developed to provide financing solutions for some of the social issues in the community. Though the strong potential of the social impact *Sukuk* but it is still a new tool that needs to be expanded and well structured in the future to get its full power.

In recent years, several Islamic jurisdictions (Bahrain, Saudi Arabia, UAE, Oman, Malaysia, Indonesia, Turkey, Pakistan, Brunei Darussalam, African region) have been regularly issuing benchmark *Sukuk* in domestic as well as international markets. Moreover, some jurisdictions, including African countries, have adopted Bahrain's strategy of regularly issuing short-term *Sukuk* to support the liquidity and investment requirements of Islamic financial institutions based in its jurisdiction. Bahrain, Brunei Darussalam, Indonesia, Malaysia, Turkey and few African were the most frequent issuers of short-term *Sukuk* in 2018 and the trend is expected to continue in 2019[20].

Sukuk can leverage private finance for investment in infrastructure in areas where social impact enterprises development is taking place thereby providing a local economic environment where they are more likely to thrive.

Important for Islamic banks as for other types of financial institution is the financial intermediation. It is essential in investment process to eliminate

---

Standards for Financial Institutions, 2, 2008, p. 307, where is written that *Sukuk* are «*certificates of equal value representing undivided shares in the ownership of tangible assets, usufruct and services or (in the ownership of) the assets of particular projects or special investment activity*».

[19] Sami Aldeeb Abu-Sahlieh, *Il Diritto islamico*, Carocci, Roma, 2008, p. 1 ss.; Silvio Ferrari (a cura di), *Introduzione al diritto comparato delle religioni*, Il Mulino, Bologna, 2008, p. 4 ss.; Ṭāriq Sa□id Ramaḍān, *Maometto*, Einaudi, Torino, 2007, p. 13 ss.; Onorato Bucci (a cura di), *L'Islam tra dimensione giuridica e realtà sociale*, ESI, Napoli, 2006, p. 24 ss.; Francesco Castro, *Diritto Musulmano*, Utet, Torino, 2006, p. 32 ss.; Giovanni Filoramo (a cura di), *Islam*, Laterza, Roma-Bari, 2006, p. 45 ss.; Alberto Predieri, *Shari'a e Costituzione*, Laterza, Roma-Bari, 2006, p. 38 ss.; Massimo Campanini, *Il Corano e la sua interpretazione*, Laterza, Roma-Bari, 2004, p. 25 ss.; Paolo Branca, *Il Corano*, Il Mulino, Bologna, 2001, p. 56 ss.; William Montgomery Watt, *Breve storia dell'Islam*, Il Mulino, Bologna, 2001, p. 21 ss.; Abdellah Redouane, *L'etica economica dell'Islam,* in *www.arabismo.it*.

[20] See IIFM, *Sukuk Report. A Comprehensive Study of the Global Sukuk Market,* DDCAP Group, London, Dubai (DIFC), Kuala Lumpur, July 2019, p. 67 ss.; Khairul Muhmmin, *Profit Maximization in Islamic Banking. An Assemblage of Maqasid Shariah Conception,* in *EJIF-European Journal of Islamic Finance,* 12, April 2019, pp. 1-10; Paolo Pietro Biancone, Maha Rawdan, *Social Finance and Financing Social Enterprises: An Islamic Finance Prospective,* in *EJIF-European Journal of Islamic Finance,* 12, April 2019, pp. 1-6.

incompatibilities, between savers and investors in terms of maturity, funds and risk, and isn't prohibited by *Sharī'a* when respect the Islamic praecepts.

The foundation of Islamic financial intermediation is based on two theories: the theory o trust and the theory of the agency.

According the theory of trust one or more constituents transfer rights and security interests, or a set of property, rights and security interests, present or future, to one or more trustees, who keep them separate their own assets, act for a specific purpose for the benefit of one or more beneficiaries.

As claimed by the theory of the agency, instead, the owner holds three forms of rights: the usus which is the right to use a thing to discretion the property, the abuseus, the right to make a change or an alteration to the property and the fructus which is the usufruct of the property. In this contractual relationship, the usus is leased to a third party with whom we contract: the agent.

The agency relationship is illustrated in Islamic banks in two forms: the first is the private agency, according to which the bank will collect the savings of customers in the form of deposits to intervene in a project or activity determined and proposed by the bank. The second form is the relationship of the general agency, according to which the bank collects the client's deposits in order to invest them in a project which it sees fit in return for a commission. Depositors do not have any insurance against their deposits and they have no direct control over the investment choices made by the bank[21].

Islamic finance implies a specific risk taking that is completely different from the instruments used by conventional banks[22]. In addition, Islamic financial intermediation is characterized by entanglement of risks given the tripartite transactions linking the three following actors: the depositor, the bank and

---

[21] Salma Drissi, Khadija Angade, *Islamic Financial Intermediation: The Emerge of a New Model,* in *EJIF-European Journal of Islamic Finance,* 12, 2019, p. 3 ss. See also: Sepideh Khavarinezhad, Paolo Pietro Biancone, *Future Trends and Finance Approaches in Islamic Banking,* in *EJIF-European Journal of Islamic Finance,* 12, 2019, pp. 1-7; Francesco Sorvillo, *Economie e religioni. L'agire per fede alla prova dei mercati*, Luigi Pellegrini Editore, Cosenza, 2017, p. 54 ss.; Id., *Lo spazio religioso dell'azione economica. L'offerta bancaria e il metaprofit incontrano la confessionalità*, in *Calumet – intercultural law and humanities review*, 12 dicembre 2016, p. 1 ss.; Giancarlo Anello, *Deontologie religiose, cultura economica e rapporti contrattuali. Riflessioni a proposito dei processi di negoziazione*, in *Calumet – intercultural law and humanities review*, 16 novembre 2016, p. 3 ss.; Maria Chiara Giorda, Stefania Palmisano, Maria Grazia Turri (a cura di), *Religioni & Economie. Idee ed esperienze*, Mimesis, Milano, 2014, p. 16 ss.; Tommaso Vito Russo, *I contratti Sharī'a Compliant. Valori religiosi e meritevolezza degli interessi. Contributo allo studio*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2014, p. 47 ss.; Ersilia Francesca, *Economia, religione e morale nell'islam*, Carocci, Roma, 2013, p. 13 ss.; Tommaso Vito Russo, *Finanza islamica* (voce), in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, sez. comm., Agg. 6, Torino, 2012, p. 377 ss.

[22] Federica Miglietta, Gianfranco Forte, *A Comparison of Socially Responsible and Islamic Equity Investments*, in *Journal of Money, Investment and Banking*, 21, 2011, pp. 116-132.

the company. However, Islamic bank accounting does not allow easy identification and separation of risk classes. It thus turns out that the efficient management of the aforementioned risks is of crucial importance for the Islamic banks as it allows them to enjoy a strategic positioning and the efficient use of their capital. As a result, the challenge facing Islamic banks is to know how to manage and control these risks in a legal and regulatory context often unsuitable for Islamic banks.

4. Islamic finance in Europe

Islamic banking and financial system, initially representing a niche market, has become today an interesting operating entity, especially in the light of the current crisis of global financial markets, and has drawn attention towards alternative systems of financial brokerage. The Islamic Bank, for instance, is undergoing a developing phase with high average annual growth rates[23].

The Islamic finance is based on the commandments of the *Qur'àn* (Quran), *Sunna* (tradition), *ijmà* (consensus of scholars), and *qiyàs* (deduction of legal prescription) and it is formed by theological-moral precepts, such as the prohibition to collect interests (*ribà'*) which represents the pillar of Islamic

---

[23] See Lucia Miglietti, *Principi ispiratori e strumenti di funzionamento della finanza islamica*, in *Diritto e Religioni,* 2, 2014, p. 439; V. Sami Aldeeb Abu-Sahlieh, *Interessi e sistema bancario dagli ebrei, cristiani e musulmani*, consultabile all'indirizzo: *http://sami aldeeb.com/medias/2015/11/italian-interessi-e-sistema-bancario-dagli-ebrei-cristiani-e musulmani.pdf*, p. 19; Id., *Religion et droit dans le pays Arabes*, Presses Universitaires Bordeaux, Bordeaux, 2009, p. 486; Id., *Il Diritto islamico*, cit., p. 1 ss.; Silvio Ferrari (a cura di), *Introduzione al diritto comparato delle religioni*, cit., p. 14 ss.; Ṭāriq Sa□id Ramaḍān, *Maometto*, cit., p. 21 ss.; Onorato Bucci (a cura di), *L'Islam tra dimensione giuridica e realtà sociale*, cit., p. 62 ss.; Francesco castro, *Diritto Musulmano*, cit., p. 78 ss.; Giovanni Filoramo (a cura di), *Islam*, cit., p. 45 ss.; Alberto Predieri, *Shari'a e Costituzione*, cit., p. 41 ss.; Massimo Campanini, *Il Corano e la sua interpretazione*, cit., p. 55 ss.; Paolo Branca, *Il Corano*, cit., p. 73 ss.; William Montgomery Watt, *Breve storia dell'Islam*, cit., p. 47 ss.; Malise Ruthven, *Islām*, Einaudi, Torino, 1999, p. 17 ss.; Giorgio Vercellin, *Istituzioni di diritto musulmano*, Utet, Torino, 1998, p. 56 ss.; Joseph Schacht, *Introduzione al diritto musulmano*, Fondazione G. Agnelli, Torino, 1996, p. 34 ss.; Giuseppe Caputo, *Introduzione al diritto islamico*, Giappichelli, Torino, 1990, p. 15 ss.; Muhammad Taha Mahmoud, *The second message of Islam*, Syracuse University Press, New York, 1987, p. 27 ss.; Maxime Rodinson, *Islam e capitalismo. Saggio sui rapporti tra economia e religione,* Einaudi, Torino, 1968, p. 34 ss. See also, Lachemi Siagh, *L'Islam e il mondo degli affari. Denaro, etica e gestione del business*, Etas, Milano, 2008, p. XXX; Said Ramadan, *La Sharî'a. Le droit islamique, son envergure et son équité*, Al Qalam, Paris, 2008, p. 63 ss.; Massimo Campanini, *Dizionario dell'Islam*, Rizzoli, Milano, 2005, p. 320; Id., *Introduzione alla filosofia islamica*, Laterza, Roma-Bari, 2004, pp. 73-89; Hasan Hanafi, *Islam in the Modern World*, vol. I, *Religion, Ideology and Development*, Heliopolis, Dar Kebaa, 2000, pp. 275-276; Gian Maria Piccinelli, *Banche islamiche in contesto non islamico. Materiali e strumenti giuridici*, Istituto per l'Oriente "Carlo Alfonso Nallino", Roma, 1996, p. 64.

About relation between islamic religion and law, see: Salvatore Taranto, *Diritto e religioni nelle democrazie contemporanee. Una prospettiva normativa,* ESI, Napoli, 2010, p. 17 ss., footnotes n. 6.

financial system and originates from the idea that usury and interests are the manifestation of an unjustified accumulation of wealth deriving from unbalanced services; prohibition of *ghârar*, when one of the parties takes advantage from the changed value of the purchased goods; prohibition of *maysîr* which refers to the risk-taking procedure linked to gambling and insurance; prohibition of *harām* which defines some illicit behaviours as selling and consumption of alcohol and drugs, gambling, selling or using pornographic materials; trade and consumption of pork[24].

Along with the above-mentioned prohibitions, there is the obligation of *zakāt* (from the Arab 'growth' and 'purification') that is a payment due on the surplus of money of a believer, called *nisàb*[25].

---

[24] For search into religious rules that constitute the foundations of Islamic finance, consult, Maria D'Arienzo, *I fondamenti religiosi della finanza islamica,* in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*. Rivista telematica *(www.statoechiese.it),* gennaio 2012, p. 1 ss.; Ead., *I fondamenti religiosi dell'economia nell'Islam,* in Antonio Fuccillo (a cura di), *I mercanti del tempio. Economia, diritto e religione,* Giappichelli, Torino, 2011, p. 26; Davide Atzori, *Fede e mercato: verso una via islamica al capitalismo?,* Il Mulino, Bologna, 2010, p. 46 ss.; Alessandro Ferrari (a cura di), *Islam in Europa/ Islam in Italia tra diritto e società,* Il Mulino, Bologna, 2008, p. 12 ss.; Livio Pauletto, *Lo sviluppo della pratica finanziaria islamica nel contesto delle istituzioni occidentali,* in *Banca, impresa, società,* 2005, p. 1 ss.; Giorgio Vercellin, *Istituzioni del mondo musulmano,* Einaudi, Torino, 2002, p. 34 ss.; Silvio Ferrari (a cura di), *Musulmani in Italia. La condizione giuridica delle comunità islamiche,* Il Mulino, Bologna, 2000, p. 26 ss.

[25] Imane Karich, *Le Sistéme Financier Islamique. De la Religion à la Banque,* Larcier, Bruxelles, 2002, p. 32 ss.; Marvyn Lewis, Latifa Algoud, *Islamic Banking,* Cheltnenham-Northampton, 2001, p. 34 ss; Yasin Dutton, *The Origins of Islamic Law,* Richmond, 1999, p. 149 ss.; Frank E. Vogel, *The Islamic Law of Finance,* in Frank E. Vogel, Samuel E. Hayes III, *Islamic Law and Finance. Religion, Risk, and Return,* The Hague – London-Boston, 1998, p. 19 ss.; Gian Maria Piccinelli, *Riba* (voce), in *Digesto delle Discipline Privatistiche, sez. civ*., vol. XVII, Resp-Rin, Utet, Torino, 1998, p. 494 ss.; Id., *Il diritto agli interessi nei paesi arabi,* in *Diritto del commercio internazionale*, 1996, p. 35 ss.; Id., *Banche islamiche in contesto non islamico*, I.P.O., Roma, 1996, p. 17 ss.; Abdullah Saeed, *Islamic banking and Interest. A study of the Prohibition of Riba and its Contemporary Interpretation*, Leiden-New York-Köln, 1996, p. 17 ss.; Nabil A. Saleh, *Unlawful Gain and Legitimate Profit in Islamic Law – Riba, Gharar and Islamic Banking,* Cambridge University Press, Cambridge, 1986, p. 11 ss.; David Santillana, *Istituzioni di diritto musulmano malachita con riguardo anche al sistema sciafita,* vol. II, Istituto per l'Oriente, Roma, 1938, p. 60 ss. See also: Luigi Nonne, *Il prestito ad interesse nel diritto islamico tra solidarietà e profitto*, in Massimo Papa (a cura di), *Il Libro e la Bilancia. Studi in memoria di Francesco Castro*, II, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2011, pp. 831-871; Tarik Bengarai, *Comprendre la finance islamique. Principes, Pratiques et Ethique,* Les quatre source, Paris, 2010, p. 25 ss.; Alberto Ventura(a cura di), Ilia Zilio Grandi (tradotto da), *Il Corano*, Arnoldo Mondadori Editore, Milano, 2010, p. 34 ss.; Antonino Gatto, *Fondamenti etici della finanza islamica,* in *Economia, Impresa e Mercati Finanziari*, 3, 2010, pp. 49-82; Ahmed Belouafi, Abderrazak Belabes, *Islamic Finance In Europe: The Regulatory Challange*, in *Islamic Economic Studies*, 17, 2, 2010, pp. 33-53; Ciro Re, Vasco Fronzoni, *La zakat nel diritto islamico e i flussi economici nel finanziamento del terrorismo, alla luce del D. Lgs. 54/2009*, in *Intuslegere*, 2009, p. 12; Enrico Giustiniani, *Elementi di Finanza Islamica,* Marco Valerio Editore, Torino, 2006, p. 17 ss.; Alessandro Bausani, *L' Islam. Una religione, un'etica, una prassi politica,* Garzanti, Milano, 2005, p. 27 ss.; Malika Kettani, *Une banque originale. La banque islamique*, Imprimerie Najah el-Jadida, Casablanca, 2005, pp. 68-72; Hans Kung, *Islam: passato, presente e futuro*, Rizzoli, Milano, 2005, p.

Islamic finance has significantly developed especially after the establishment in 1975 of the *Islamic Development Bank* and of *Dubai Islamic Bank*[26].

Nevertheless, the evolution of Islamic banking and financial system varied from one country to another. United Kingdom has experienced the most important extent of experience on the subject and represents today a model to be followed.

In the UK, Government support for the Islamic finance sector has been instrumental in helping the industry to flourish. In 2013, the UK became the first non-Muslim country to host the *World Islamic Economic Forum*, with British Prime Minister, David Cameron announcing his ambitions for London to become the "*one of the great capitals of Islamic finance*". He also revealed plans for a new Islamic index on the London Stock Exchange (LSE). Consequently, in 2014, the UK became the first western country to issue a *Sukuk*, or *Islamic bond*, which raised £200 million.

Over the years, British implemented Islamic finance avoiding any kind of discussion about religion and culture, but they regarded the Islamic banking as a mere financial innovation[27]. For this reason, no legal directives were

---

685; Aron Zysow, s.v. "*Zakat*", in *The Encyclopaedia of Islam*, Brill, Leiden, XI, 2002, p. 406 ss.; Al Shaikh Abdu-r-Rahman Pasquini, *Islam: Rito d'adorazione e imposta coranica, Quaderni islamici*, Edizioni del Calamo, Milano, 2002, p. 75 ss.; Andrea Pacini (a cura di), *Tasse religiose e filantropia nell'islam del Sud est asiatico*, Edizioni della Fondazione Giovanni Agnelli, Torino, 1997, p. 23; Hacéne Benmansour, *Politique économique en Islam,* Al-Qalam, Paris, 1994, p. 231 ss.

[26] Zamir Iqbal, Abbas Mirakhor, *An introduction to islamic finance*, John Wiley & Sons, Singapore, 2011, p. 14 ss.; Ginevra Cerrina Feroni (a cura di), *Fondazioni e banche, modelli ed esperienze in Europa e negli USA*, Giappichelli editore, Torino, 2011, p. 4 ss.; Hossein Askari, Zamir Iqbal, Abbas Mirakhor, *Globalization and islamic finance*, John Wiley & Sons, Singapore, 2010, p. 17 ss.; Fahim Khan, Mario Porzio (a cura di), *Islamic Banking and Finance in European Union. A Challenge*, Edward Elgar, UK, 2010, p. 24 ss.; Antonio Dell'Atti, Federica Miglietta, *Fondi sovrani arabi e finanza islamica*, cit., p. 34 ss.; Rony Hamaui, Marco Mauri, *Economia e finanza islamica*, cit., p. 52 ss.; Alessandro Ferrari (a cura di), *Islam in Europa/Islam in Italia tra diritto e società,* cit., p. 66 ss.; Antonio D'Emilia, *Scritti di Diritto islamico*, I.P.O., Roma, 1976, p. 237 ss.

[27] Paolo Pietro Biancone, *La banca islamica,* Giappichelli, Torino, 2017, p. 113 ss.; Michele Sabatino, *La finanza islamica in Italia e in Europa,* in *Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea dell'Università Kore di Enna*, 2017, p. 3 ss.; Antonio Salvi, Nicola Miglietti, *Principi di finanza islamica,* Cacucci, Bari, 2013, p. 15 ss.; Michele Miraglia, *Banche islamiche: criticità del sistema e profili di regolamentazione. Prospettive di armonizzazione,* in *Rivista trimestrale di Diritto dell'Economia,* 4, 2011, pp. 337-358; Rino Lombardi, *L'Islamic Banking in Europa e in Italia,* in *Finanza Bancaria,* 2, 2010, p. 80 ss.; Gabriella Gimigliano, Gennaro Rotondo (a cura di), *La banca islamica e la disciplina bancaria europea,* cit., p. 41 ss. See also Julio C. Colòn, *Choice of law and islamic finance,* in *Texas International Law Journal*, 2, 2011, p. 411 ss.; Shah M. Nizami, *Islamic Finance,* in *Suffolk Transnational Law Review,* 1, 2011, p. 219 ss.; Claus Luttermann, *Islamic Finance,* in *Juristeenzeitung,* 2009, p. 706 ss.; Scheherazade Rehman, *Globalization of islamic finance law,* in *Wisconsin International Law Journal,* 4, 2008, p. 625 ss.; Nicholas Foster, *Islamic Finance Law as an Emergent Legal System,* in *Arab Law Quarterly,* 2, 2007, p. 170 ss.; Walid Hegacy, *Contemporary Islamic Finance: From Socioeconomic Idealism to Pure Legalism,* in *Chicago Journal of International*

created, in relation to a specific religious belief, and it was requested only a bank licence. The importance of London in the sector of Islamic banking has been confirmed by the establishment, in a few years, of 22 banks offering Islamic financial products and services, more than any other Western country (the *Islamic Bank of Britain* (IBB), the *European Islamic Investment Bank*, the *London & Middle East Bank*, the *Global Securities House*, the *European Finance House*, and the *Gatehouse Bank* etc.). Of these, *Al Rayan Bank*, formerly known as *Islamic Bank of Britain*, is the oldest and largest wholly *Sharī'a* compliant retail bank.

Al Rayan Bank's savings accounts are based on Islamic finance principles and pay profits. For example, an *Al Rayan Bank Fixed Term Deposit (FTD) Account* is based on the Islamic financial principle of *Wakala* (agency agreement). Under the *Wakala* agreement, a customer deposits their savings with *Al Rayan Bank* and the Bank becomes their agent. *Al Rayan Bank* uses the cash deposit to invest in *Sharī'a* compliant and ethical trading activities, such as property and relatively low risk metal trading, which generate a target profit for the customer over a fixed term. The Bank manages and monitors the performance of the investments on a daily basis to minimise the risk and ensure that the customer receives the projected target ('expected') profit rate.

Within some English banking institutions, among which *Lloyds TSB*, a *Sharī'a* compliant sector was created.

Also France, albeit with some delay, began to be interested to the phenomenon of Islamic banking. Indeed, despite London's leadership, it is the first European country in terms of Muslim residents.

In April 2008 French government asked *Paris Europlace* (a regulatory body for the organization of financial markets in France) an analysis about the necessary measures to make French financial market one of the most competitive market by the introduction of services of Islamic finance. The following year the University of *Paris-Dauphyine* trained the first team specialized in Islamic finance, thus showing the interest of academic world to this financial system. Finally, in 2010 an agreement was signed between *Paris Europlace* and the *Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions* (AAOIFI) to overcome possible obstacles to the development of Islamic finance.

Anyhow, only few French banks, such as *Societé Générale* or *BNP Paribas* offer today Islamic products[28].

Law, 2007, p. 581 ss.; Juan Solè, *Introducing Islamic Banks into Conventional Banking Systems,* in *IMF Working Paper,* 2007, p. 175; Jamal Krafess, *L'influence de la religion musulmane dans l'aide humanitaire*, in *Revue Internationale de la Croix Rouge*, 87, 2005, p. 336.

[28] Antonio Salvi, Nicola Miglietti, *Principi di finanza islamica,* cit., p. 45 ss.; Paolo Pietro

On the contrary, German government did not start any strategy of adjustment of financial and tax system to the rules of Islamic finance.

Nonetheless, there are some initiatives to create *Islamic windows*[29]. In fact, some banks coming from Islamic countries, such as *Iran Bank Sepah* and *Kyveyt Turk Bank* (Turkish branch of the *Kwait Finance House group*) have settled in Germany and have conquered a considerable share of the market. Among conventional banks, *Deutsche Bank* and *Dresdner Bank* began to offer Islamic products and services, thus reinforcing their relationship with Arab countries[30].

Let us examine now the state of Islamic finance in Spain. First of all it is necessary to note that even if there are no active Islamic institutions issuing financial products, there is, within Spanish financial bodies, the idea of opening *Islamic windows*, so to enlarge their share of clients.

To this aim and in order to examine Islamic finance, in 2010 *Madrid Stock Exchange* organised a conference, and in 2011 the *Instituto de Empresa Business School* and the University King Abdulaziz of Saudi Arabia established a centre of Islamic Economics and Finance (CIEF). Currently, cooperation between *Dubai International Financial Center* (DIFC) and *Madrid Financial Center* (MCF) for the promotion of investments is underway.

Moreover, it must be considered that the National Islamic Authority, the *Junta Islamica* started a process for the creation of 'Islamic' counters at the Spanish bank *Bancorreos* to sell Islamic financial products, such as bank accounts and mortgages.

Neither in Italy there are significant initiatives in the field of Islamic finance[31].

Biancone, *La banca islamica,* cit., p. 51 ss.; Michele Sabatino, *La finanza islamica in Italia e in Europa,* cit., p. 37 ss.; Paolo Pietro Biancone, *Il bilancio della banca islamica e la rappresentazione dei principali contratti finanziari*, FrancoAngeli, Milano, 2012, p. 50; Rino Lombardi, *L'Islamic Banking in Europa e in Italia,* cit., p. 91 ss.; François Guéranger, *Fonancé Islamique – Una illustration de la finance ethique,* cit., p. 32 ss.; Gabriella Gimigliano, Gennaro Rotondo (a cura di), *La banca islamica e la disciplina bancaria europea,* cit., p. 64 ss.

[29] Laurent Weill, *Do Islamic Banks Have Greater Market Power?*, in *Comparative Economic Studies*, 53, 2011, pp. 291-306; Sajjad Zaheer, Maazzam Farooq, *Comparing the Conventional and Islamic Banking Institutions: Evidence from an Emerging Economy*, presented at the 2nd International Conference on Islamic Business, Islamabad, December, 2011, p. 11 ss.; Rodney Wilson, *Islamic Finance in Europe*", Robert Shuman Centre for Advanced Studies Policy Paper, 2, 2007, p. 5 ss.; Tarek Zaher, Kabir M. Hassan, *A Comparative Literature Survey of Islamic Finance and Banking*, in *Financial Markets, Institutions and Instruments*, 10, 2001, pp. 155-199; Arshad Zaman, *Interest and the Modern Economy*, in *The Lahore Journal of Economics*, 6, 1, 2000, pp. 113-127.

[30] Hamim S. Ahmad Moktar, Naziruddin Abdullah, Syed M. Al-Habshi, *Efficiency of islamic banking in Malaysia*, in *Journal of Economy cooperation*, 27, 2006, pp. 37-70.

[31] Paolo Pietro Biancone, Mohammad Ziad Shakhatred, *Using Islamic Finance for Infrastructure Projects in Non-Muslim Countries*, in *EJIF–European Journal of Islamic Finance*, 2, 2015, p. 1 ss.; Paolo Pietro Biancone, Maha Radwan, *Sharia Compliant "Possibility for Italian SMEs"*, in *EJIF –*

Islamic banking experience was launched in Italy by the Cassa di Risparmo di Fabriano e Cupramontana in 2004, which, similarly to the Bank of Islam in London, dedicated a bank account, interest-free but according high bonuses and rewards, to Muslim clients. Two years later the Association for the development of alternative instruments and financial innovation (ASSAIF) was established with the aim of advising on alternative projects of financing for investors coming from the Middle-East and for immigrants coming from the south Mediterranean shores and living in Italy[32].

In 2007, Italian Banking Association (ABI) and Union of Arab Banks (UAB) signed a *Memorandum of Understanding* aiming at reinforcing economical, political, and social cooperation between Italy and Arab countries.

Currently, though, Islamic banks experience persistent difficulty to develop, mainly because they are credit intermediation institutions based on religious precepts. Indeed, this is demonstrated by the fact that the only Islamic bank in Italy is the Iranian *Bank Sepah,* in Rome.

However, there is growing market share and rising domestic systemic importance of Islamic finance which underscores the importance of developing strong regulatory frameworks for prudential regulation and supervision in Islamic finance jurisdictions, supported by proactive stress testing and an enhanced set of capabilities for macroprudential surveillance. In this context the IFSB recently has pubblished a guiding principles that align global regulatory frameworks with the specificities of Islamic finance.

European Journal of Islamic Finance, 1, 2014, p. 1 ss.; Maria Grazia Starita, *Le prospettive della banca e della finanza islamica in Italia*, in Claudio Porzio (a cura di), *Banca e finanza islamica. Contratti, peculiarità gestionali, prospettive di crescita in Italia*, Bancaria editrice, Roma, 2009, p. 29 ss.

[32] Antonio Salvi, Nicola Miglietti, *Principi di finanza islamica,* cit., p. 7 ss.; Paolo Pietro Biancone, *La banca islamica,* cit., p. 78 ss.; Michele Sabatino, *La finanza islamica in Italia e in Europa,* cit., p. 52 ss.; Massimo Mariani, *Impresa e finanza islamica,* Egea, Milano, 2012, p. 45 ss.; Maria Grazia Starita, *La finanza islamica nel mondo,* in *Dirigenza bancaria*, 35, 147, 2011, pp. 38-41; Rino Lombardi, *L'Islamic Banking in Europa e in Italia,* cit., p. 80 ss.; AA.VV., *Finanza islamica in Italia: potenzialità e limiti alla luce dell'esperienza nel Regno Unito,* in *MK Marketing e Comunicazione in Banca,* 27, 1, 2009, pp. 2-7; Claudio Porzio (a cura di), *Banca e finanza islamica. Contratti, peculiarità gestionali, prospettive di crescita in Italia,* Bancaria Editrice, Roma, 2009, p. 11 ss.; *Il boom della finanza islamica. Spunti di riflessione da alcune operazioni di cartolarizzazione,* in *Bancaria,* 64, 12, 2008, pp. 77-94; Niccolò Borracchini, *Banche e immigrati: credito, rimesse e finanza islamica,* Pacini, Pisa, 2007, p. 32 ss.; Giovanni Lippa, *La realtà operativa delle banche islamiche tra tradizione e innovazione,* in *Iura Orientalia,* II, 2006, pp. 110-127; Gian Maria Piccinelli, *Economia e banche tra Islam e Occidente: competizione e dialogo,* in *Iura Orientalia,* II, 2006, pp. 128-134. See also: Simone Alvaro, *La finanza islamica nel contesto giuridico ed economico italiano*, in *Quaderni giuridici*, 4, 2014, p. 15 ss.; Gianfranco Forte, Marco Mauri, Federica Miglietta, *La gestione del risparmio nella finanza islamica*, in *Banca Impresa Società*, 2, 2011, pp. 263-297; Soraya Farhi, *La Banca islamica e i suoi fondamenti teorici,* Rubbettino, Soveria Mannelli, 2010, p. 41 ss.; Elisabetta Montanaro, *La banca islamica: una sfida per le regole di Basilea*, in *Studi e note di economia*, 3, 2004, p. 11 ss.

5. Conclusions

The potentiality of Islamic banking system as an instrument to reduce financial exclusion of Muslims has prompted a heated debate, especially after the tragic events that struck the heart of Europe. It is true, indeed, that the Jihadist terror attack in Paris and Brussels brought in a new era in which the dialogue with Islam has become strongly controversial, to the extent of confusing the dividing line between Islamic terrorism and the development of policies and actions leading to the integration of Muslim communities in EU.

The equation immigrants-threat explains how difficult it is to endorse the binomial religious freedom-security that was the core of European integration processes. Europe has had the ability to help inclusion of all different peoples who arrived and lived together in its territory, and Italy is no exception. Nevertheless, Europe is continuing to cope with immigration flows coming from the Middle East and to accept the influences of different cultural heritages within its borders. Its inclusive role has effects also on EU market, as it is necessary to keep into account the target of Muslim consumers in view of inclusive economy, through the development of strategies of *halàl* marketing and the offer of financial products and services compliant with Islamic Law.

According to recent studies, the number of Muslims is expected to increase, together with their specific needs and demands that EU market cannot ignore if it wants to further progress and evolve.

Although, today it is difficult to forecast how and how much Islamic finance will expand within western financial system.

At the moment Islamic monetary markets are not integrated with the conventional ones in most jurisdictions and the Islamic finance industry is not an integrated global market yet, but a conglomerate of national markets with different legal and regulatory environments and *Sharī'a* governance systems. Over time, this diversity has grown even further. Market players and regulators recognise the need for more standardisation, but progress in this regard is at best limited. The current status regarding legal and *Sharī'a* governance frameworks is documented in this IFSI Stability Report, and the results of the IFSB implementation survey do not indicate any breakthrough.

During 2017, the FSB expressed the view that the work coordinated by the Board to agree on the international post-GFC policy reform agenda is nearly complete. Nevertheless, it believes that in some cases, important policies have yet to be fully operationalised. It therefore sees monitoring and publicly reporting on member jurisdictions' implementation of agreed reforms as a priority. The FSB also pubblished in April 2017 its Thematic Review on Corporate Governance Peer Review Report, which examines the implemen-

tation of the *G20/Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD) Principles of Corporate Governance*. The peer review provides 12 recommendations focus on six key areas: effective corporate governance frameworks, disclosure and transparency, responsibilities of the board, rights and equitable treatment of shareholders, the role of stakeholders in corporate governance, and other recommendations.

The FSB issued two consultative documents in November and December 2017, which provides further guidance on the development of an implementable resolution funding plan and on the methodology for assessment of the implementation of Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions in the insurance sector[33].

Aside from Standards and Guidance/Technical Notes, the IFSB Work Plan in recent years has also included working papers on diverse topics of emerging issues in Islamic finance including financial safety-nets, consumer protection, *Sharī'a* non-compliance risk, resolution and recovery regimes, systemic links and macroprudential issues, and so on. Going forward, along with strengthening its standards implementation programme by adding impact and consistency assessment dimension, the IFSB will continue to develop new standards and guiding principles for covering all sectors of IFSI. Against this backdrop, the IFSI Stability Report 2018 examines the implications on the global Islamic financial services industry (IFSI) of recent economic developments and changes in the global regulatory and supervisory frameworks.

The IFSB's IFSI Stability Report 2018 seeks to illuminate issues that posed current and future challenges to the stability of the global Islamic finance services industry especially in IFSB's member jurisdictions for the best interest of IFSB's wide membership, as well as for all those who have a substantive interest in the stability and resilience of Islamic finance.

The market fragmentation implies that the Islamic finance industry is in many respects not selfreliant and still substantially dependent on interactions with conventional finance – from benchmarking to liquidity management and securities transactions. A standardisation, or at least an approximation, of legal environments, governance systems and transactional practices could help the

[33] The first consultive document identifies a set of key funding strategy elements that address a number of areas, including: (i) firm capabilities to support monitoring, reporting and estimating funding needs in resolution, and to facilitate execution of the funding strategy; (ii) the development of the resolution funding plan by authorities; (iii) firm assets and private sources of resolution funding; (iv) temporary public-sector backstop funding mechanisms and ordinary central bank facilities; and (v) information sharing and coordination between authorities.

The second document sets out the criteria for assessing the compliance of a jurisdiction's insurance resolution framework against the requirements set out in the Key Attributes.

industry to realise economies of scale and network effects not only in routine operations but also in consumer education, marketing, brand recognition and product development. Progress in market integration would strengthen the competitive position of Islamic finance in an increasingly tougher macroeconomic environment.

The main problem is connected also with an insufficient number of *Sharī'a* compliant products, which does not help the development of monetary and interbank markets that remain too segmented.

In the light of the above, it can be reasonably expected that as long as there will not be standardization of risk management's instruments and accounting principles at a global level, Islamic finance will have only a limited share of the market, with minor consequences and implications.

In Italy, the first taken step towards financial integration of Muslims was to guarantee migrants with an access to financial and bank circuits on all national territory.

A further step could be to promote the so-called participatory account, that is a term deposit by which the bank acquires the availability of funds provided by clients with the obligation to return them at a agreed due date, according to *Mudarabah* basis: the bank returns money to the client without paying interests (in consideration of *ribà'* prohibition) but on the basis of predetermined fixed rate of profit and risk sharing (unrestricted *Mudarabah*) or of a specific investment (restricted *Mudarabah*). Such kind of initiatives would allow Muslims to give value and obtain recognition to their religious and communitarian identity.

Another possible beneficial solution would be to offer, besides traditional products, also financial products that could satisfy ethical-religious requirements. Along with the aim of channelling to Italy the huge amount of Islamic capital that otherwise would go to UK, this is one of the main objectives contained in draft law no. 4453 of 2nd May 2017 and assigned to VI finance Committee on 16th June 2017[34].

The draft law, in particular has identified some *Sharī'a* compliant institutions such as *Sukuk, Murabahah, Ijarah* and *Istisna* and wishes to set the rules for tax issues and align them to the Italian legal system. In this way, when a Muslim individual recurs to these institutions, he or she is subjected to pay VAT, IRES (income tax), stamp duty, registration tax, and governmental licences taxes to Italian State.

---

[34] Stefania Peveraro, *In Italia in arrivo una legge sulla finanza islamica*, in *https://www.assinews.it/03/2017/ italia-arrivo-legge-sulla-finanza-islamica/660037616*; Raffaella Malito, *Una legge porterà la finanza islamica a Roma*, in *www.ilGiornale.it*, 19 luglio 2016.

Unfortunately, for over a year the draft law has remained still at Chamber of Deputies' finance Committee and it seems it is bound to stay there. As a consequence, Islamic finance will continue to have a limited role.

RIASSUNTO

La presenza nel nostro paese di una comunità islamica consistente offre agli intermediari finanziari italiani una importante opportunità per attirare in Italia il risparmio di soggetti islamici. Inoltre, il numero dei musulmani interessati ai servizi della banca islamica non è solo legato alla religiosità e alla stretta osservanza dei dettami della *Sharī'a* ma anche a motivi culturali e di appartenenza. Ad essi vanno aggiunti, poi, quei non musulmani che vedono nell'Islamic banking un'opportunità di investimento etico, in quanto evita settori come l'alcol, il tabacco e la produzione di armi, e un numero crescente di investitori che desidera includere i prodotti di finanza islamica nel proprio portafoglio al fine di diversificare gli investimenti e limitare i rischi di gestione.

Infatti, nell'Unione Europea e anche al di fuori, dopo la crisi economica che ha colpito i mercati occidentali, non mancano i paesi che, già da alcuni anni, lavorano con i concetti, di *marketing halal* e di *islamic marketing* e che hanno sostituito i quattro pilastri del marketing tradizionale (*product, price, place* e *promotion*) con altrettanti compatibili con la religione islamica (*faith, food, financ*e e *fashion*).

La considerazione del target di consumatori musulmani attraverso l'offerta di prodotti e servizi finanziari rispettosi della Legge islamica rappresenta uno dei passaggi fondamentali nel processo di inclusione dei musulmani in Europa. Questo complesso processo, lungi dall'esaurirsi nel puro e semplice riconoscimento formale dei diritti e delle libertà fondamentali, comporta un impegno concreto da parte delle imprese e delle istituzioni europee al fine di "*combatte(re) l'esclusione sociale e le discriminazioni*" (art. 3.3 del TUE).

In tal senso la finanza islamica funge da strumento per l'inclusione sociale, oltre che finanziaria, dei musulmani che rientrano tra i cinque gruppi etnici più vulnerabili e soggetti a discriminazioni nel mercato del lavoro europeo e rappresentano la prima minoranza religiosa ad essere discriminata a causa della propria fede.

PAROLE CHIAVE

Religione; Finanza; Globalizzazione; Inclusione finanziaria; Banca islamica.

ABSTRACT

In Italy, a massive presence of Islamic communities offers to Italian financial intermediaries a great opportunity to attract savings of Muslim to Italy. Furthermore, the high number of Muslims willing to use services of Islamic banks is not only related to their religious belief and to the strict adherence to *Sharī'a* but also to cultural and social reasons. In addition, there are many non-Muslim individuals who consider the *Islamic banking* an ethical opportunity for investment, as it is not related to sectors such as alcohol products, tobacco, and weapon production; there are also an increasing number of investors who include in their portfolio Islamic finance products with the aim of diversifying investments and limiting management risks.

As a matter of fact, in EU and beyond its borders, after the economic crisis that has affected western markets, many countries have become familiar to the concepts of *halal marketing* and *Islamic marketing*, and have substituted the four pillars of traditional marketing (product, price, place, and promotion) with other mainstays which are compatible with Islam (faith, food, finance, and fashion).

Giving importance to the target of Muslim consumers by offering products and financial services that respect Islamic Law, represents one of the fundamental steps for the process of inclusion of Muslim individuals in Europe. Such complex process, does not involve only a simple formal recognition of fundamental rights and freedom, but it entails a committed effort from businesses and European Institutions to *'combat social exclusion and discrimination'* (The Lisbon Treaty, art. 3.3).

By pursuing this aim, Islamic finance becomes an instrument for social, as well as for financial inclusion of Muslims that are among the five most vulnerable ethnic groups subject to discriminations in the European labour market, and represent the first religious minority to be discriminated because of its Faith.

Key Words

Religion; Finance; Globalization; Financial inclusion; Islamic banking

Il Consiglio dei Patriarchi Cattolici d'Oriente (CPCO) e l'effetto della politica occidentale

Alberto Fabbri

Sommario: *1. Il Consiglio dei patriarchi cattolici d'Oriente e la Lettera pastorale del 2018 – 2. Valore e significato della Lettera – 3. I Patriarchi e la politica internazionale – 4. L'Oriente e la visione occidentale – 5. Applicabilità in Oriente del concetto di stato laico – 6. Incongruità*

1. Il Consiglio dei patriarchi cattolici d'Oriente e la Lettera pastorale del 2018

La lettura di alcune affermazioni sulla natura del governo come «*un servizio reso alla comunità [che] esige uno sforzo per migliorare le sue condizioni di vita, il cui scopo è quello di assicurare a ogni cittadino una vita degna e libera, a livello sia materiale, sia spirituale, sia sul piano delle libertà*», e sulla promozione di «*uno stato laico, basato sull'uguaglianza di tutti i suoi cittadini, senza discriminazione sulla base della religione o di qualsiasi altra ragione*» che sia in grado di separare religione e Stato, con «*pieno rispetto di tutte le religioni e le libertà*», le fa sembrare uscite da un buon manuale di dottrina dello Stato. Tali dichiarazioni fotografano la realtà occidentale, con l'intento di far emergere la stretta relazione tra la realizzazione del bene comune e l'indirizzo politico, in grado di conseguire il risultato più soddisfacente e duraturo in una società multietnica e multi religiosa.

Il contenuto del testo è reperibile, invece, nella *Lettera pastorale*, l'undicesima in ordine di tempo, che il Consiglio dei Patriarchi cattolici d'Oriente ha elaborato nell'incontro programmatico tenuto ad agosto 2017 a Beirut, e pubblicata nel maggio 2018[1].

---

[1] La Lettera dal titolo *I cristiani d'Oriente oggi, timori e speranze. «In tutto, infatti, siamo tribolati, ma non schiacciati; sconvolti, ma non disperati» (2Cor 4,8),* è disponibile presso il sito del Patriarcato latino di Gerusalemme: *https://www.lpj.org/consiglio-dei-patriarchi-cattolici-doriente-i-cristiani-doriente-oggi-timori-e-speranze/?lang=it*.

L'ultima riunione dei Patriarchi, la 26ª in ordine di tempo, si è tenuta a Baghdad dal 26 al 30 novembre 2018; l'incontro è stato dedicato ai giovani come (*segno di speranza in Medio Oriente*). I lavori non hanno ancora prodotto una *lettera pastorale*, nel sito del Patriarca caldeo è possibile visionare

La Lettera rappresenta una decisa presa di posizione del Consiglio verso le potenze straniere, sintetizzate nel termine comprensivo di Occidente, mostrando un preciso cambiamento di rotta rispetto ai contenuti presenti nei Messaggi precedenti.

2. *Valore e significato della Lettera*

Ma procediamo con ordine attraverso una breve cronistoria delle *Lettere* precedenti.

Il Consiglio dei patriarchi cattolici d'Oriente, venne a costituirsi formalmente nel 1991, anno particolare per le chiese orientali, per ragioni ecclesiali e politiche. Nel 1990 era stato promulgato il Codice dei canoni delle Chiese Orientali, in vigore dal 1° ottobre 1991, ed era in corso la guerra del Golfo. Questi due aspetti indussero le massime autorità cattoliche[2] a riflettere sulla condizione di queste diverse comunità che condividevano le stesse sorti e le stesse problematiche, interne e di relazioni, con i vicini cristiani e musulmani. A conclusione del Simposio, tenuto in Libano, i Patriarchi decisero di indirizzare un Messaggio dal titolo *Chiese arabe, chiese vive*,[3] ad un'ampia platea, che includeva non solo «*i nostri figli cattolici*», ma anche «*i fratelli cristiani, i nostri fratelli musulmani, i nostri fratelli ebrei, i cristiani nel mondo* e *la comunità internazionale*».

Nel testo emergono i problemi pastorali e quelli politico-sociali che caratterizzano la regione, ma allo stesso tempo si insiste sul forte radicamento della comunità cattolica con l'Oriente, fino a costituirne un elemento di identità. Si insiste anche sulla necessità di salvaguardare i rapporti con i musulmani e con gli ebrei, nel segno di un contributo all'identità culturale e alla civiltà araba. Non vengono infine risparmiati richiami al ruolo della comunità internazionale, la quale «*ha fatto di questa regione un teatro di conflitti e di distruzione per interessi materiali intenzioni egoiste, o per desiderio di egemonia*».

---

solo il *comunicato finale*: *http://sain-adday.com*. Nel comunicato è presente un rapido richiamo alla "*Carta dei diritti dell'Uomo*" dell'ONU, sulla necessità che gli Stati rispettino i diritti civili e religiosi di tutti i cittadini. I Patriarchi hanno stabilito che il prossimo incontro si svolgerà in Egitto, il 25-29 novembre 2019 con il tema "*L'informazione al servizio del Vangelo*".

[2] Il Consiglio vede la presenza di sette chiese cattoliche di rito orientale, il Patriarca di Alessandria per i copti cattolici, il Patriarca di Antiochia per i greco-cattolici melkiti, di Antiochia per i siriaci cattolici, di Antiochia per i maroniti, di Babilonia per i caldei, di Cilicia per gli armeni cattolici e infine il Patriarcato di Gerusalemme per i latini di Terra Santa.

[3] *Il Regno – doc*. 19, 1991, p. 590.

La seconda *Lettera pastorale*, del 1992[4], contiene nello stesso titolo *Presenza cristiana in Oriente*; in particolare i Patriarchi hanno posto l'accento sull'apporto che le comunità cristiane hanno dato alla formazione di un patrimonio arabo, culturale e religioso nel territorio, in un dialogo aperto con la componente musulmana ed ebraica.

Il Consiglio nella *Lettera* successiva, del 1994 dal titolo *Insieme davanti a Dio per il bene della persona e della società, la convivenza tra cristiani e musulmani nel mondo arabo*,[5] rimarcava l'appartenenza comune alla cultura araba sia dei cristiani arabi sia degli arabi musulmani, con una condivisione di fede con il cristianesimo.

Questo triangolo relazionale faceva sempre più assumere ai cristiani arabi un ruolo di «*avvicinamento fra il mondo cristiano e il mondo musulmano*», e nel riconoscere nell'islam «*un partner fondamentale in un dialogo indispensabile alla costruzione di una nuova civiltà umana*».

La quarta *Lettera pastorale* dal titolo *Mistero della chiesa*,[6] sembra dimostrare una variazione rispetto ai temi trattati dai documenti precedenti. Rileva Stefani che fino ad allora i Patriarchi avevano focalizzato la loro attenzione «*sulla legittimazione e la difesa del contributo arrecato dalla componente cristiana al mondo arabo, […] in cui ci si preoccupava più di presentare gli apporti arrecati dalla componente araba cristiana che di tracciare una vera e propria visione ecclesiologica*», nell'esaltazione del cristianesimo come «*principio identitario di un gruppo di minoranza*»[7]. Così, nel testo del 1996, l'accento viene spostato sul rischio che una mentalità confessionale presso le chiese cattoliche di rito orientale pur con il merito di aver contribuito e «*conservato la tradizione ecclesiale e la cultura umana ed etnica, possa deformare la vita stessa delle comunità*» e indurre elementi di «*fragilità delle nostre relazioni con quanti appartengono ad un'altra confessione o a un'altra religione*». In tale analisi non manca il preciso riferimento alle «*ingerenze straniere, che fecero anch'esse la loro parte nel contribuire al consolidamento e alla strumentalizzazione del confessionalismo*».

Passano alcuni anni e nel 1999 viene pubblicata la quinta *Lettera*, dal titolo *Il movimento ecumenico, Perché tutti siano una sola cosa (Gv. 17,22)*[8], in cui si pone attenzione sulla riconciliazione tra le comunità cristiane in vista di una

---

[4] *Il Regno – doc*. 15, 1992, p. 471.

[5] *Il Regno – doc*. 1, 1995, p. 22.

[6] *Il Regno – doc*. 11, 1997, p. 361.

[7] Piero Stefani, *Medio oriente-chiese: mistero di unità vincoli confessionali*, in *Il Regno – att*., 6, 1997, p. 166.

[8] *Il Regno – doc*. 15, 1999, p. 517.

comune testimonianza di fede, in un Medio oriente caratterizzato da «*tensioni interne molto contrastanti e a interventi esterni rivali*».

Nelle quattro Lettere successive, del 1999[9], del 2004, 2005[10] e del 2006[11], il Consiglio decide di dedicarsi ad una dimensione più interna, focalizzando l'attenzione sul grande Giubileo del 2000, sul futuro dei vari gruppo nella Chiesa, sui preti, sulla famiglia e sui giovani, lasciando sullo sfondo le problematiche legate alle ingerenze straniere sul territorio mediorientale.

Infine nel 2009, con il Messaggio *Il cristiano arabo di fronte alle sfide contemporanee*, viene nuovamente posto l'accento sull'identità araba e cristiana, e le rispettive chiese come testimoni nel mondo orientale.

3. I Patriarchi e la politica internazionale

Il tempo trascorso dall'ultima Lettera ha visto il territorio del Nord Africa e del Medio Oriente interessati, a partire dalla fine del 2010, da una febbrile attività politica che si è manifestata attraverso proteste e sollevazioni popolari contro i regimi, nel tentativo di attivare una fase transitoria che potesse culminare nella realizzazione di una regime democratico. Queste «primavere arabe», unitamente alla questione siriana che ha posto le basi per una vera e propria guerra civile, insieme all'affermazione dello stato islamico a partire dal 2014, hanno rafforzato il proposito delle Consiglio dei patriarchi di intervenire sulle problematiche che coinvolgono i loro territori.

Dunque con una piena consapevolezza che i fenomeni attuali sono il prodotto non solo di speculazioni economiche politiche, ma anche di modalità di intendere il contesto territoriale, con una grave responsabilità dell'Occidente, i Patriarchi hanno deciso di uscire allo scoperto, e denunciare la condizione che interessano le loro aree, con un *Messaggio* a forte contenuto politico.

Il fulcro del *Messaggio*, con un corollario indirizzato ai fedeli e a coloro che sono chiamati a governare il territorio, si trova nella precisa condanna che viene riservata ai responsabili politici occidentali, i quali «*prendono decisioni che riguardano il Medio Oriente e tutti i nostri paesi, basate sui loro interessi economici e strategici a spese degli interessi dei nostri Paesi*».

Pur nella consapevolezza che i territori sono caratterizzati da un' instabilità

---

[9] *Insieme verso il futuro*.

[10] *La famiglia, responsabilità della Chiesa e dello stato*.

[11] *Giovani d'oggi, Chiesa di domani*.

e da una continua ricerca di una pace per l'intera area, passando per una fase riformatrice che coinvolga le autorità civili e religiose, i Patriarchi attribuiscono questa «*fase di distruzione dovuta a forze interne*», come avviene in Iraq, Siria ed Egitto, le quali agiscono anche grazie alla sostegno e alla pianificazione di forze esterne; questo processo che è stato attivato, si traduce in una «*politica di distruzione del Medio Oriente, guidata dall'Occidente, [ed] è anche la causa della morte e dell'immigrazione forzata di milioni di persone dai nostri paesi, compresi i cristiani*».

I Patriarchi sostengono che lo Stato islamico, l'ISIS, sia una creazione dello stesso Occidente, «*come strumento efficace per cambiare il volto dell'Oriente*», utilizzando «*materiale umano locale, sfruttando l'estremismo religioso e una comprensione deformata della religione*», per arrivare a «*colpire le persone attraverso la loro propria religione*».

Lo stesso ISIS, pur avendo concluso il mandato «*che gli è stato assegnato da coloro che lo hanno creato»* ha tuttavia «*lasciato una tensione quasi mistica che spinge a combattere l'infedele in tutti i modi possibili, chiunque esso sia e in ogni luogo, da noi come in Occidente, che lo ha appoggiato solo per demolire l'Oriente*».

Il terrorismo dunque come strumento di politica, attuato da coloro che «*prendono le decisioni in Occidente, i quali, attraverso i loro alleati nella regione, vogliono creare un nuovo Medio Oriente in conformità con le loro visioni e i loro interessi», così da «distruggere i nostri paesi e riorganizzarli a loro (ndr) piacimento*»[12].

4. L'Oriente e la visione occidentale

Ma quale messaggio i Patriarchi intendono far giungere ai politici occidentali, di quali stereotipi vogliono evitare di cadere vittime e, infine, come si colloca questo Messaggio nella politica mediorientale?

I Patriarchi sentono chiaramente su di loro la pressione che generano due contesti, entrambi capaci di produrre conseguenze rilevanti anche nella dimensione relazionale con le altre confessioni.

Da un lato il ruolo proprio dell'Occidente, con la sua identità che si esprime in ambito politico attraverso l'espressione di sistemi democratici, in ambito economico e tecnologico con una fase di avanzato progresso, e in ambito

[12] I Patriarchi includono nella situazione politica di Israele, la chiave di intervento dell'Occidente, sostenendo che la sopravvivenza di questo stato non deve avvenire a spese del popolo palestinese, ma attraverso una patto di amicizia con questo popolo.

religioso con una laicità capace di separare la sfera religiosa da quella pubblica. A questo si uniscono la presenza, sempre in Occidente, di chiese «*amiche, che con la loro solidarietà spirituale e materiale*», svolgono una importante azione caritativa, oltre alla presenza di «*molte realizzazioni umanitarie mondiali e molteplici organizzazioni di beneficenza e per lo sviluppo*» che si interessano attivamente e operano nel Medio Oriente. Sono due espressioni della stessa realtà nella quale l'alto grado di sviluppo si esprime anche attraverso una intensa attività di sostegno economico.

Dall'altro il territorio orientale, nel quale le stesse comunità si sono formate e del quale hanno contribuito a formarne l'identità; territorio che non è inteso come luogo di conquista o di missione, ma come spazio costitutivo, di nascita. Questo induce i Patriarchi ad affermare con forza che «*i Cristiani d'Oriente sono parte integrante dell'Oriente con tutte le sue componenti, siamo oggi ciò che sono i nostri Paesi, e ciò che la storia ha fatto di noi nel corso dei 15 secoli, a partire dall'VIII secolo*», nel sentirsi pienamente arabi e discendenti di molteplici civiltà antiche[13], capaci di formare «*con i musulmani un'unica patria e un'unica società*».

In questo quadro, nel quale incidono interessi economici e identitari, i Patriarchi hanno inteso per primo affermare e dimostrare di non essere accondiscendenti con la politica occidentale attuata sui loro territori, esprimere il loro progetto di convivenza basato sul dialogo, e allo stesso tempo hanno voluto scongiurare l'idea di essere visti come uno strumento e un alleato dell'Occidente, con il chiaro intento di «*smarcarsi dal sospetto di essere un avamposto della cultura occidentale*»[14].

La condanna si accompagna dunque ad una piena coscienza dell'appartenenza storico-politica della Chiesa cattolica ai territori del Medio Oriente, in una storia condivisa con le altre componenti religiose, quali cristiani, musulmani e drusi, le quali componenti sono chiamate a svolgere il proprio ruolo di mediatori per una possibile convivenza comune.

Non va dimenticato che le chiese cattoliche orientali vivono una relazione particolare con la Chiesa di Roma[15], solo la comunità maronita ha mantenuto ininterrotto la fedeltà a Roma, mentre le altre chiese, parti di analoghe ortodosse, sono tornate in piena comunione con Roma a partire dal XVI secolo[16];

---

[13] Come la civiltà assira, caldea, siriaca, copta, armena e bizantina.

[14] Daniela Sala, *Noi, cristiani l'Oriente,* in *Il Regno – doc*. 13, 2018, p. 403.

[15] Le Chiese cattoliche orientali dispongono, com'è noto, di un proprio Codice (*Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium* -CCEO) solo a partire dal 1990, mentre per le chiesa di rito latino la prima codificazione è del 1917, per essere poi aggiornata nel 1983.

[16] Filippo Carcione, *Le Chiese d'Oriente. Identità, patrimonio e quadro storico generale*, San

il Patriarcato latino a Gerusalemme venne istituito solo a seguito delle Crociate nel 1099 e ristabilito il 23 luglio 1848[17].

Altro aspetto che emerge dal testo, è quello relativo alla condanna che viene rivolta verso l'incitamento all'odio religioso, che si fonda sulla assonanza ISIS-musulmano, e all'idea che lo Stato islamico abbia colpito solo i cristiani. I Patriarchi rilevano come le vittime di questo mostro siano stati tutti coloro che si sono opposti alla sua diffusione, non solo i cristiani dunque, ma anche i musulmani, siano sciiti o sunniti, gli yazidi, gli alawiti e i drusi[18]. In questo modo i cattolici, come rappresentanza dei cristiani, non vogliono essere inquadrati come le vittime di un terrorismo tale da giustificare una intervento occidentale come mezzo di garanzia e di salvaguardia di queste comunità cattoliche. Il pensiero delle autorità religiose vuole prendere le distanze dall'idea occidentale che sembra basata sulla volontà di indurre una fase di tensione e di disordine con l'ISIS da un lato e la realtà israeliana dall'altro, per giustificare un intervento atto a ripristinare l'ordine, garantire le chiese cattoliche ed evitare che l'estremismo cattolico continui a colpire in Occidente. Lo slogan «*l'Oriente per l'Occidente*» rende il processo in corso.

5. Applicabilità in Oriente del concetto di Stato laico

In questo Messaggio i Patriarchi dimostrano di guardare oltre le difficoltà legate alle differenze religiose esistenti, per puntare sulla comune matrice araba, la cui comunanza permette non solo di ridimensionare le particolarità costituite dalle appartenenze religiose, ma diventa un elemento su cui puntare per dare stabilità all'intera area. In questa processo si inserisce la visione di realizzare in Medio oriente una stato laico[19], in cui la dimensione religiosa non costituisca elemento di differenziazione, ma sia parte delle identità personale, la quale possa trovare piena manifestazione e tutela all'interno dell'ordinamento[20].

Paolo, Cinisello Balsamo, 1998; Dimitrios Salachas, *Istituzioni di diritto canonico delle Chiese cattoliche orientali*, Dehoniane, Bologna, 1993.

[17] *Oriente cattolico. Cenni storici e statistici*, Città del Vaticano, 1962, p. 416.

[18] Vittorio Parlato, *Pluralità di etnie, di religioni, di Stati in Medio-oriente; il terrorismo islamico*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*. Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), 18, 2017.

[19] Per una analisi del rapporto tra diritto dello Stato e religione della Nazione rinvio a Alessandro Ferrari (a cura di), *Diritto e religione nell'Islam mediterraneo. Rapporti nazionali sulla salvaguardia della libertà religiosa: un paradigma alternativo?*, Il Mulino, Bologna, 2012.

[20] I Patriarchi sono ben consapevoli che si tratta di una sfida epocale, nella quale sono chiamate in causa le religioni presenti sul territorio, ma l'idea è quella di oltrepassare le proprie identità, per

Immediatamente possiamo osservare come il modello di stato laico sia esso stesso un prodotto della cultura occidentale, la cui reale applicazione, pur differenti varianti, richiede un *humus* socio-politico *sui generis*, frutto di un pensiero politico e di una visione dell'ordine Stato e Chiese ben chiari dei rispettivi ambiti di applicazione. Ciò che può essere esportato è l'idea che la religione possa esprimere al meglio il proprio carattere e contribuire alla crescita della comunità sociale, nel momento in cui affida alle istituzioni civili la regolamentazione della vita comune nel territorio considerato, in un percorso autoctono, con pieno apporto delle religioni stesse.

Ad una prima lettura appare formalmente strano l'atteggiamento tenuto dagli stessi Patriarchi i quali, pur prendendo le distanze dalla cultura occidentale e dalla possibilità di essere identificati con questa, adottino poi il principio di laicità e ancora di più il modello di stato laico come sistema applicativo per una pacifica convivenza nel loro territorio[21].

Il fatto stesso che lo stato laico rappresenta per essi stessi un elemento finalistico, una «*città virtuosa*», nella piena consapevolezza delle difficoltà e delle complessità della situazione, ci porta a riflettere brevemente sul valore e l'incidenza che gli standard occidentali assumono anche per coloro che sono cresciuto in un conteso spazio-culturale completamente diverso.

6. Incongruità

La volontà dei Patriarchi di promuovere una opposizione Occidente-Oriente, non risiede nella determinazione territoriale che si fonda sulla spartizione di ciò che al di qua o al di là, ma rappresenta il prodotto di percorsi storici, politici ed economici attraverso i quali si sono sviluppati dei modelli applicativi che, se non adeguatamente compresi nella loro matrice e nel contesto in cui si sono formati, rischiano di modificare profondamente il territorio orientale, se fondati sul carattere del dominio.

L'idea moderna dell'Oriente, precisa Minissi, «*si forma nel Settecento, dopo oltre un secolo di commerci portoghesi, olandesi, inglesi e missioni gesuitiche e si precisa nell'Ottocento, quando sorge l'Orientalismo, che negli studi diventa Orientalistica, cioè le ricerche, non solo linguistiche rivolte fuori della cultura europea ipostatizzata come Occidente*»[22]; nel contenere

---

costruire una convivenza comune che ponga le basi per «*creare insieme lo stato moderno*», passando per una «*nuova educazione basata sui principi del rispetto reciproco, collaborazione e destino comune*».

[21] Cfr. Vittorio Parlato, *op. cit.*

[22] Nullo Minissi, *Oriente e Occidente,* in *Between,* I, n. 2, p. 1. *www.between-journal.it*; Edward

aspetti culturali e geografici, l'idea stessa si impone come aspetto legato alla storiografia occidentale, faticando non poco ad emergere come carattere identitario di un territorio, con proprie specificità e non come aspetto residuale di una idea di civiltà che mira a far coincidere l'Occidente con il cristianesimo e l'Oriente con l'*islam*[23].

Così impostato l'Oriente emerge come costruzione artificiosa che giustifica interessi sul territorio sostenuti dalla padronanza di valori ritenuti più democratici[24] e con l'idea di una missione civilizzatrice che in maniera autoreferenziale «*definisce la propria posizione di preminenza rispetto alle altre culture e civiltà, considerandole come inferiori in quanto non sviluppate secondo i criteri fissati dalla cultura occidentale, che si considera sul piano internazionale come egemone*»[25].

In questo contesto l'estremismo islamico si è fatto protagonista di una forma di opposizione ad una inculturazione occidentale, con l'uso del terrorismo come arma di persuasione.

I Patriarchi hanno ben compreso come l'Occidente rappresenti un livello di evoluzione culturale portatrice di principi giuridici e sociali di cui non negano il valore e la portata. Tuttavia i principi non possono essere imposti, ma devono entrare nella cultura del territorio attraverso un percorso locale in cui gli attori siano gli stessi «orientali».

Si auspica quindi un percorso di «inculturazione partigiana» nel quale gli strumenti e i mezzi per tendere ad una convivenza pacifica siano elaborati dagli stessi attori secondo criteri e parametri orientalistici e non occidentali.

W. Said, *Orientalismo*, Feltrinelli, Milano, 2013.

[23] Cfr. Massimo Campanini, *Storia del Medio Oriente contemporaneo*, Il Mulino, Bologna, 2014; Bernard Lewis, *La costruzione del Medio Oriente*, Laterza, Roma-Bari, 1994.

[24] Lillo indica i valori materiali di democrazia, uguaglianza, libertà, pluralismo, solidarietà, giustizia e pace, come quelle «*grandezze assiologiche che rispondono, in buona parte, a quelle conquiste di civiltà giuridica universale che, in una coscienza sociale e culturale sempre più diffusa, costituiscono il sostrato materiale, oggettivo e cogente, il paradigma ispirativo e fondativo dei modelli di convivenza civile contemporanei di matrice "occidentale"*», Pasquale Lillo, *Religione e immigrazione nella prospettiva costituzionale*, in *federalismi.it*, 19, 2017, p. 4. Dal momento che l'idea di Occidente si estende anche alla sponda oltreatlantica, dovremmo includere in questi valori anche il diritto a disporre di armi per la difesa personale.

[25] Giovanni Sale, *L'«occidentalizzazione» del Medio Oriente*, in *www.fratesole.com*, p. 1; Id, *Stati islamici e minoranze cristiane*, Jaca Book, Milano, 2008.

Riassunto

Il Consiglio dei Patriarchi cattolici d'Oriente, si dimostra sempre più una istituzione capace di dialogare con le realtà religiose e civili orientali, e di costruire ponti per un percorso comune.

In questo atteggiamento assume un peso politico rilevante la ferma distanza espressa nell'ultima Lettera pastorale verso la cultura occidentale, rea di voler imporre i propri parametri qualitativi e le proprie politiche di interesse economico e strategico in Terra d'Oriente.

Tuttavia il sistema laico Occidentale viene considerato un modello auspicabile anche nella realtà Orientale.

Parole chiave

Patriarchi cattolici; Occidente; politiche di interesse; sistema laico

Abstract

The Council of the Catholic Patriarchs of the East is increasingly demonstrating an institution capable of dialoguing with the Eastern religious and civil realities and building bridges for a common path.

In this attitude the firm distance assumed in the last pastoral Letter to Western culture assumes a significant political weight, a desire to impose its own qualitative parameters and policies of economic and strategic interest in the Land of the East.

However, the Western secular system is considered a desirable model even in the Eastern world.

Key words

Catholic Patriarchs; West; policies of interest; secular system.

Rescritti relativi all'incarico delle Messe in un oratorio privato campano del XIX sec.: la lezione della storia e gli spunti per l'attualità

Massimo del Pozzo

Sommario: *1. Il senso dell'indagine: uno squarcio nel vissuto della pietà decimononica. – 2. Il materiale documentale reperito. – 3. L'analisi formale e procedimentale degli atti. – 4. La disciplina dell'epoca e l'apporto dei testi. – 4.1. La facoltà di ordinare la Messa e il numero delle Messe. – 4.2. L'orario delle Messe. – 4 .3. Le caratteristiche della celebrazione negli oratori privati. – 5. Le specificità delle fattispecie considerate. – 6. Un regime stimolante e "provocatorio" anche per la sensibilità contemporanea*

1. Il senso dell'indagine: uno squarcio nel vissuto della pietà decimononica

La presentazione di un materiale documentale passato e "secondario" non rappresenta un mero sfoggio culturale o una curiosità archivistica ma il modo più semplice e diretto per contribuire a esplorare la *ratio* di una disciplina certamente superata ma ricca di spunti e di stimoli anche per il presente. La lezione della memoria ha infatti molto da insegnare alla razionalità della pratica della fede. La sfida è proprio quella di dimostrare la permanente attualità e interesse, non solo storico, dei testi proposti.

Lo studio si inquadra nella linea di ricerca già tracciata a proposito del precetto festivo[1] e ne costituisce un'ideale continuazione e sviluppo[2]. Rinviamo pertanto estensivamente a tale lavoro per quanto riguarda il contesto familiare, ambientale e archivistico dei rescritti esaminati. Ci limitiamo solo a ribadire che l'esplicitazione di una documentazione minore e abbastanza mar-

[1] Cfr. Massimo del Pozzo, *La prassi del precetto festivo attraverso la documentazione ottocentesca di una cappella gentilizia. Considerazioni e indicazioni per il presente*, in *Campania Sacra. Rivista di Storia Sociale e Religiosa del Mezzogiorno*, 48, 2017, pp. 279-308.

[2] I collegamenti tra gli atti derivano non solo da circostanze esterne e logistiche (inerendo ad uno stesso luogo) ma anche alla compiuta ricostruzione della prassi e dei comportamenti relativi all'Eucaristia negli oratori privati domestici.

ginale nell'esercizio del governo ecclesiastico ha il vantaggio di far emergere in maniera viva e immediata, al di là della regolamentazione, il costume e la prassi vigente nel popolo di Dio[3]. Il carteggio sottoposto, più che un manifesto d'epoca, rappresenta perciò uno squarcio del vissuto della pietà eucaristica decimononica e una testimonianza dell'attenzione e fedeltà nell'osservanza delle prescrizioni stabilite.

Dalla semplice lettura degli atti si ricava subito l'impressione di una notevole minuziosità e rigorosità nella facoltà di far celebrare la Messa. La disciplina appare decisamente restrittiva e limitativa, soprattutto se confrontata con l'attualità[4]. La frequenza stessa del ricorso all'autorità (oltretutto centrale) dimostra l'incisività e puntualità del controllo giurisdizionale. La benevolenza e accondiscendenza nel soddisfare – non senza le opportune puntualizzazioni – le istanze porta peraltro a temperare e contenere tale sensazione[5]. Un primo banale riscontro ad ogni modo è che le ingiunzioni erano sentite e rispettate. La normativa non solo era seguita e osservata ma non sembra priva di senso e di logica. Il regime dell'epoca, pur insistendo molto sul profilo autoritativo e gerarchico, mirava insomma a integrare strettamente diritto e fede, giustizia e pietà.

2. *Il materiale documentale reperito*

Il materiale proposto è costituito da sei rescritti *ex audientia Sanctissimi* reperiti nei carteggi della famiglia del Pozzo[6]. I documenti specificamente esaminati sono stati radunati in ragione dell'affinità dell'oggetto della richiesta (*ratione materiae*) – tra i 15 testi della stessa tipologia relativi all'antico oratorio privato finora rinvenuti – per cercare di avere un riscontro composito e abbastanza definito della facoltà di celebrare nel suddetto luogo sacro. Cinque atti sono del gennaio del 1823 e uno del gennaio 1830, la circostanza

---

[3] Cfr. Francisco Javier Aguado González, Ines Irurita Hernández, *Archives and University. The role of personal records in the recent historical research*, in *Atlanti*, 21, 2011, pp. 255-266; Juan Patricio Galiana Chacón, *De los archivos personales, sus características y su tratamiento técnico*, in Julián Martín Abad, Leonardo Romero Tobar, Nievas Iglesias (eds.), *Seminario de archivos personales (Madrid, 26 a 28 de mayo de 2004)*, Biblioteca Nacional, Madrid, 2006, pp. 17-28; Maria del Carmen Mastropierro, *El porqué de los archivos privados*, Alfagrama Ediciones, Buenos Aires, 2007.

[4] Cfr. es. cann. 912, 931, 932 CIC vigente.

[5] L'attività provvedimentale considerata presenta infatti una certa esigenza nelle forme e nelle prescrizioni e una rilevante benevolenza nei contenuti. Se si valutano anche gli altri rescritti reperiti, non ci risultano dinieghi o rinvii.

[6] I documenti erano conservati nell'altare mobile a cassettiera della cappella del palazzo di famiglia.

temporale e l'identità del contenuto dell'istanza del 21 gennaio 1823 (resc. n. 3) e del 29 gennaio 1930 (resc. n. 6), come in seguito meglio chiariremo, manifestano probabilmente l'intenzione di provvedere all'avviamento cultuale complessivo della cappella[7].

Il documento del 1930, presentando una lieve modifica nella modalità redazionale[8], contiene il maggior numero di dati circa gli elementi contestuali e logistici della fattispecie, anche per quanto concerne l'identificazione degli oratori. Rinviando per maggiori delucidazioni al precedente contributo[9], si riportano sommariamente i dati d'inquadramento dei casi in questione. Gli oratori o istanti sono i germani del Pozzo, con il coniuge di Giuseppe[10], una famiglia di nobiltà rurale proprietaria di possedimenti nel Comune di Montoro[11]. Il "nobile Casino di Campagna" menzionato che ospita l'oratorio in questione è il settecentesco Palazzo padronale sito in località Castello (in prossimità appunto del Castello longobardo)[12]. L'oratorio, attualmente in disuso, occupava una stanza del piano nobile addossato all'ampio salone centrale[13], era dotato di decorazione e arredi consoni all'uso.

Nonostante le scarse misure e attenzioni di manutenzione prestate, i provvedimenti dopo quasi due secoli si presentano in buone condizioni di conservazione, integri e perfettamente leggibili tanto nel fronte che nel retro. Ogni atto consta di un foglio ripiegato, con l'istanza redatta per esteso su una facciata (in italiano), piegato verticalmente e poi orizzontalmente. Il testo del rescritto (in latino) occupa una colonna del retro. Per facilità di consultazione si trascrive di seguito il contenuto dei documenti considerati[14].

---

[7] La considerazione ha ancor maggior evidenza se si considera che ben 11 dei rescritti conservati sono riferibili al gennaio 1823 ed i restanti al gennaio o marzo 1830.

[8] Al di là del lasso di tempo intervenuto, dalla stessa grafia e impostazione del documento si ricava agevolmente la differente matrice dell'atto.

[9] Cfr. *supra* nt 1 (pp. 280-281).

[10] Giuseppe Pasquale appare semplicemente come Giuseppe e Nicola Angelo come Nicolangelo nel 1830, anche il cognome Del Pozzo diviene Dal Pozzo, non vi è dubbio comunque sull'identità degli istanti. Per quanto concerne l'ordine nel 1823 i coniugi (Giuseppe Pasquale Del Pozzo e Pompilia Lanzetta) erano anteposti agli altri, mentre nel 1830 si rispetta l'ordine anagrafico, cfr. anche i documenti in *La prassi del precetto festivo*..., pp. 282-285 (copia anast.), pp. 301-308.

[11] Il Comune è sito in Provincia di Avellino ancor oggi compreso nella Diocesi di Salerno.

[12] La data di ultimazione dell'immobile risale al 1792, non si sa bene quando sia avvenuta la dotazione della relativa cappella. Non è stato però finora rinvenuto il Breve apostolico d'indulto di destinazione del sito.

[13] L'abitazione (leggermente irregolare) misura m 6,55 x 4,95.

[14] Per l'estrema difficoltà di comprensione si omette di riportare il rigo in testa ai provvedimenti che sembra comunque contenere appunti o notazioni sintetiche in merito al contenuto del provvedimento (probabilmente si tratta delle indicazioni ricevute in udienza per il minutante).

1) Beatissimo Padre

I Coniugi Giuseppe Pasquale Del Pozzo, e Donna Pompilia Lanzetta, non che Nicola, Angelo ed Orazio Fratelli Del Pozzo Oratori umilissimi della Santità Vostra avendo ottenuto l'Indulto dell'Oratorio Privato per Breve Apostolico, supplichevoli implorano, acciò in caso dell'assenza degli Indultarj, possano i di loro Figli Consanguinei, ed Affini coabitanti ordinare la Messa

Che della grazia

A Sua Santità Papa Pio VII
felicemente Regnante

Ex Audientia SS.mi
Die 15.a Ianuarii 1823

SS.mus benigne annuit pro Gratia, quoad eamdem Missam unicam tantum durante tamen vita Oratorum Indultariorum, et cohabitationes Consanguineorum, et Affinium cum ipsis; Apostolici Indulti forma, et tenore in reliquis omnibus observato. Contrariis non obstantibus. ==

P.F. Card.lis Galleffi
Per
Gli infrascritti Oratori
Firrao

2) Beatissimo Padre

I Coniugi Giuseppe Pasquale Del Pozzo, e Donna Pompilia Lanzetta, non che Nicola, Angelo ed Orazio Fratelli Del Pozzo Oratori umilissimi della Santità Vostra avendo ottenuto l'Indulto dell'Oratorio Privato per Breve Apostolico, supplichevoli implorano, acciò un Sacerdote Ospite possa celebrare in d.o Oratorio la S. Messa senza pregiudiz.o della consueta.

Che della grazia

A Sua Santità Papa Pio VII
felicemente Regnante

Ex Audientia SS.mi
Die 15.a Ianuarii 1823

SS.mus benigne annuit pro Gratia ut praeter unicam Missam, quae ad formam Apostolici Indulti in priv.o introscripto O.rio Ruri tantum existente celebratur, una alia per quemcumque Presbyterum, qui fortuito, et non excondicto praecedenti saltem nocte ab O.ribus fuerit hospitio exceptus, celebrari possit, quae quidem Missa suffragetur diebus festis in praecepti adimpletum

pro comprehensis in Apostolico Indulto, dummodo numquam eadem die tertia Missa in praedicto O.rio celebretur. Contrariis non obstantibus. ===

P.F. Card.lis Galleffi
Per
Gli infrascritti Oratori
Firrao

3) Beatissimo Padre

I Coniugi Giuseppe Pasquale Del Pozzo, e Donna Pompilia Lanzetta, nonché Nicola, Angelo ed Orazio Fratelli Del Pozzo Oratori umilissimi della Santità Vostra avendo ottenuto l'Indulto di Oratorio Privato per Breve Apostolico, supplichevoli implorano, acciò nelle circostanze, ove occorra una giusta causa, si possa in d.o Oratorio ordinare la S. Messa un'ora avanti l'Aurora, o dopo il mezzo giorno

Che della grazia

Sua Santità Papa Pio VII
felicemente Regnante

Ex Audientia Ss.mi
Die 21.a Ianuarii 1823

SS.mus remisit preces arbitrio Ordinarii cum facultatibus necessariis, et opportunis ad effectum indulgendi, ut Oratores, accedente justa, et rationabili causa, Missa in priv.o intros.o O.rio una hora vel ante auroram, vel post meridiem celebrare facere possint. Contrariis non obstantibus. ======

P.F. Card.lis Galleffi
Per
Gli infrascritti Oratori Del Pozzo della Diocesi di Salerno
Firrao

4) Beatissimo Padre

I Coniugi Giuseppe Pasquale Del Pozzo, e Donna Pompilia Lanzetta, non che Nicola, Angelo e Orazio Fratelli Del Pozzo Oratori umilissimi della Santità Vostra, avendo ottenuto l'Indulto dell'Oratorio Privato per Breve Apostolico, supplichevoli implorano, acciò in caso d'infermità sia degli Indultarj, che di alcuno dei Parenti Consanguinei, ed affini coabitanti, possano, facendo la SS.ma Comunione, far celebrare in d.o Oratorio una seconda Messa

Che della grazia

A Sua Santità Papa Pio VII

felicemente Regnante

Ex Audientia SS.mi
Die 22.a Ianuarii 1823
SS.mus benigne annuit pro Gratia, ut Oratores dumtaxat Indultarii, iis tantummodo diebus, quibus Penitentiae, et Eucharistiae Sacramenta in priv.o intros.o O.rio, servatis servandis, sumpserint, alteram quoque Missam post susceptam Comunionem in eorum praesentia celebrare facere possint, servatis tamen in reliquis Apostolici Indulti forma, et tenore. Contraris non obstantibus.
P.F. Card.lis Galleffi
Per
Gli infrascritti Oratori Del Pozzo della Diocesi di Salerno
Firrao

5) Beatissimo Padre
I Coniugi Giuseppe Pasquale Del Pozzo, e Donna Pompilia Lanzetta, non che Nicola, Angelo ed Orazio Fratelli Del Pozzo Oratori umilissimi della Santità Vostra avendo ottenuto l'Indulto dell'Oratorio Privato per Breve Apostolico, supplichevoli implorano, acciò nel giorno del Santo Titolare del med.o Oratorio vi si possano far celebrare tre Messe
Che della grazia

A Sua Santità Papa Pio VII
felicemente Regnante

Ex Audientia SS.mi
Die 22.a Ianuarii 1823
SS.mus benigne annuit pro facultate celebrare faciendi ad Triennium proximum in priv.o intros.o O.rio in enunciato die, quatenus non sit ex solemnioribus per annum, tres Missas in totum, non tamen ante auroram nec post meridiem, et suffragentur in praecepti adimplemetum pro comprehensis in Apostolico Indulto. Contrariis non obstantibus. ==
P.F. Card.lis Galleffi
Per
Gli infrascritti Oratori Del Pozzo della Diocesi di Salerno
Firrao

6) B.mo Padre
I Fratelli Nicolangelo, Orazio Sacerdote, e Giuseppe con moglie (più te-

neri figli) Dal Pozzo di Montoro Diocesi di Salerno O.ri U.mi della S.V. ass. me espongono che vivono nella maggior parte dell'anno in nobile Casino di Campagna nella Diocesi di Salerno, ove godono dell'Indulto dell'O.rio Privato, ove fanno celebrare giornalmente la S. Messa, eccettuati i giorni solenni dell'anno. Supplicano per la facoltà di poter far celebrare giornalmente la consueta Messa in detto Oratorio o un'ora dopo il mezzo giorno, o un'ora avanti l'Aurora, ogni qual volta v'intervenga una giusta, e ragionevole causa

Che sia

Alla Santità di N.S.
Papa Pio VIII

== Ex Audientia Sanctissimi ==
== Die 29 Ianuarii 1830. ==

SS.mus, attentis expositis, remisit preces arbitrio Ordinarii, cum facultatibus necessariis et opportunis ad effectum indulgendi, ut Oratores Indultarii, accedente iusta et rationabili causa, unam Missam in privato introscripto Oratorio celebrare facere in sui praesentia possint una hora vel ante Auroram, vel post Meridiem. Contrariis non obstantibus. ==

C.M. Card.lis Pedicini
== Gratis == ~~Per~~
Gli Entrascritti O.ri
F.P. Poloni

3. L'analisi formale e procedimentale degli atti

Gli atti considerati costituiscono una specifica e singolare tipologia di rescritti. I *rescripta ex audientia Sanctissimi* si caratterizzano infatti per il deferimento dell'istanza al giudizio del Papa[15]. L'oracolo viva voce del Pontefice fornisce dunque il presupposto e il contenuto stesso della decisione. L'ampliamento della sfera giuridica del destinatario deriva in pratica da una graziosa concessione rimessa alla valutazione della suprema autorità. L'enunciazione del provvedimento e la redazione del testo sono ascrivibili invece

[15] Cfr. Ettore Mazzuchelli, *Rescriptum ex audientia*, in Javier Otaduy, Antonio Viana, Joaquín Sedano (coord. y dir.), *Diccionario General de Derecho Canónico*, VI, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, p. 960; Javier Canosa, *Il rescritto come atto amministrativo nel diritto canonico*, A. Giuffrè, Milano, 2003, pp. 168-171.

all'attestazione del Cardinale esponente e sottoscrivente[16]. La dissociazione tra il momento decisorio e quello della confezione dell'atto e l'integrazione dell'operato di diversi soggetti non stravolge però la natura e la portata del provvedimento: un intervento abilitativo su istanza di parte ascrivibile direttamente alla potestà primaziale[17].

L'iter procedimentale è supposto nella stessa redazione della domanda. La petizione è infatti espressamente rivolta al Pontefice "felicemente regnante"[18] (è palese l'identità della grafia dell'istanza con il destinatario apposto a tergo). Non è dato conoscere la modalità dell'inoltro della domanda, dai dati sommariamente riportati sia nell'invio sia soprattutto nel riscontro si può supporre che avvenisse tramite l'Ordinario[19]. La richiesta è redatta in lingua volgare in maniera abbastanza semplice e diretta, ancorché rispettosa e ossequiosa. L'assenza di data nell'istanza non permette di determinare esattamente l'epoca di formulazione e i tempi di soluzione della pratica. La riconduzione di tutti i provvedimenti reperiti allo stesso mese di gennaio e la vicinanza o coincidenza delle udienze fa supporre la predisposizione di un calendario curiale per provenienza geografica o per oggetto e comunque un certo accorpamento delle pratiche *ratione materiae*. Il numero e l'insistenza delle richieste suggerirebbero un minimo di dilazione temporale[20]. Nelle udienze fissate o richieste, evidentemente, il Cardinale preposto, dopo lo studio e l'eventuale istruzione del caso, sottoponeva la questione alla decisione del Pontefice. Lo stesso Presule presumibilmente annotava rapidamente il tenore della statuizione in vista della successiva elaborazione della risposta[21]. La sommarietà degli appunti decifrabili e il fatto che l'indicazione fosse contenuta in testa al retro dello stesso foglio della domanda fa supporre

---

[16] Per un profilo biografico dei Card. Galleffi e Pedicini, firmatari dei provvedimenti, cfr. Jean LeBlanc, *Dictionnaire biographique des cardinaux du XIXe siècle. Contribution à l'histoire du Sacré Collège sous les pontificats de Pie VII, Léon XII, Pie VIII, Grégoire XVI, Pie IX et Léon XIII, 1800-1903*, Wilson & Lafleur, Montréal, 2007, pp. 379-381, 734-735.

[17] Una scontata conseguenza era naturalmente la non impugnabilità dell'atto (*Prima Sedes a nemine iudicatur*).

[18] Nel resc. n. 6 l'espressione usata è invece: "Alla Santità di N.S.".

[19] È abbastanza indicativo il frequente riferimento (resc. nn. 3, 4 e 5) alla Diocesi di provenienza degli oratori.

[20] È difficile supporre, anche per la dilazione nella presentazione delle richieste, che gli oratori importunassero continuamente e sconsideratamente il Santo Padre e più ragionevole immaginare che le istanze, redatte o pervenute in momenti distinti, fossero accorpate e riunite *ratione materiae aut loci* in vista della decisione. Il tono dei provvedimenti non lascia trasparire d'altronde un'eccessiva pedanteria o puntigliosità da parte degli istanti. Non è dato conoscere il costume dell'epoca, si può ad ogni modo apprezzare la notevole facilità e speditezza del ricorso al Papa.

[21] A prescindere da un più rigoroso esame calligrafico, un riscontro *ictu oculi* dell'annotazione sembra escludere la riconduzione alla stessa mano del redattore. È improbabile d'altronde che l'ufficiale addetto fosse ammesso alla presenza del Papa.

che l'assenso fosse abbastanza scontato e la risposta piuttosto standardizzata. L'esperienza e la prassi curiale dovevano poi contribuire a formalizzare e completare l'atto. Ad ogni modo il responso non si limita ad un mero *placet* o *annuit* ma contiene alcune indicazioni[22]. La sommarietà dell'indicazione degli estremi per la consegna fa supporre una restituzione mediata del provvedimento[23]. Non si conosce il numero delle fattispecie analoghe trattate ma, stando al carteggio dell'oratorio considerato, si deve ritenere che l'attività provvedimentale relativa alle cappelle private avesse una certa onerosità e consistenza.

Da un punto di vista procedimentale è interessante notare che mentre il Papa autorizzava direttamente la duplicazione o triplicazione di Messe *in situ*, nella deroga agli orari di celebrazione della Messa (resc. nn. 3 e 6), così come già riscontrato per quanto attiene alla modalità di soddisfazione del precetto[24], l'istanza è rimessa alla decisione dell'Ordinario. In tali ipotesi, incidenti sull'ordine del culto e sull'organizzazione pastorale locale, il Pontefice riservava la decisione alla discrezionalità del Vescovo[25]. Il ricorso all'autorità suprema risulta ad ogni modo necessario per il conferimento delle relative facoltà, si tratta di una specifica abilitazione *ad casum*. La vicenda denota insomma un sistema fortemente accentrato e un po' macchinoso ma riconosce comunque l'esigenza della ripartizione delle competenze tra l'autorità centrale e quella periferica in vista della miglior ottemperanza al bene delle anime e alla dignità della celebrazione.

4. La disciplina dell'epoca e l'apporto dei testi

I testi esaminati non forniscono chiaramente un quadro completo ed esaustivo della problematica affrontata. La natura e provenienza degli atti infatti riflette solo le specifiche esigenze degli istanti e le particolari circostanze dell'oratorio considerato. I documenti proposti ad ogni modo delineano alcuni tratti significativi e caratterizzanti della disciplina vigente.

---

[22] Cfr. *infra* § 5. Non è dato sapere logicamente se le puntualizzazioni provenissero dalla viva voce del Papa o dalla ricostruzione della sua mente da parte del Cardinale.

[23] Non si può escludere, anche se sembra abbastanza improbabile dall'indicazione dei destinatari sullo stesso foglio, che il piego fosse racchiuso in una busta o in un'ulteriore incartamento.

[24] Altri 3 rescritti, già riportati in *La prassi del precetto festivo*..., pp. 282, 284 e 285, recano la stessa formula: «remisit preces arbitrio Ordinarii».

[25] Il testo parla di *arbitrio Ordinarii* ma riteniamo che l'espressione non prescinda dalla razionalità e opportunità della soluzione. Benché la concessione, considerata la supervisione papale e l'orientamento estremamente benevolo della giurisdizione in materia, possa ritenersi abbastanza pacifica non deve però ritenersi automatica.

Prima di esaminare la specificità dei casi, conviene esporre i principi generali del sistema normativo desumibili dalle fonti e riscontrabile attraverso i rescritti in oggetto.

4.1. La facoltà di ordinare la Messa e il numero delle Messe

L'indulto di oratorio privato comportava la legittimità dello svolgimento *in situ* del sacrificio eucaristico ma non l'automatica autorizzazione alla relativa celebrazione. Il beneficio d'altronde era personale più che locale[26], l'abilitazione in pratica riguardava la facoltà di commissionare e di assistere alla Messa, una volta riscontrata e riconosciuta la dignità e convenienza dell'ospitalità abituale dell'azione sacra nella cappella. Non si regolava insomma il diritto del sacerdote (soggetto peraltro ad autonome e ulteriori limitazioni[27]) ma la titolarità degli astanti. I rescritti evidenziano proprio l'attenta circoscrizione del novero dei partecipanti. Soltanto gli indultari potevano in definitiva "ordinare" la Messa nel luogo previamente consentito. L'estensione ai più stretti congiunti o ospiti amici riguardava la fruizione del servizio liturgico ma non gli aspetti organizzativi[28]. L'affidamento dell'incarico celebrativo (cui

---

[26] La questione circa la natura del privilegio era dibattuta in dottrina. Parecchi autori comunque ritengono il privilegio strettamente personale: «Porro oratorium huiusmodi *personale privilegium est*» (Giuseppe D'Annibale, *Summula Theologiae Moralis*, III, A. Saraceni, Romae, 1892 [rist. an. 1960], p. 9); «Privilegium oratorii privati in domo privata, fidelibus concessum, est personale: unde sequitur personam privilegiati principalis...» (Pietro Gasparri, *Tractatus canonicus de Sanctissima Eucharistia*, Delhomme et Briguet, Parisiis – Lugduni, 1897, I, p. 168); «Privilegium oratorii domestici est omnino *personale*; conceditur enim personis proprio nomine designatis, et quas Ro. Pontifex, juxta verba indulti, *speciali benevolentia prosequi* vult...» (Séraphin Many, *Praelectiones de locis sacris nimirum de ecclesiis, oratoriis, altaribus, coemeteriis et sepulturis*, Letouzey et Ané, Parisiis, 1904, p. 174); «Privilegium oratorii privati est omnino personale et proinde extinguitur morte personae privilegiatae, sed non ligatur aliquo loco particulari» (Dominicus M. Prümmer, *Manuale iuris ecclesiatici*, I, Herder, Friburgi Brisgoviae, 1909, p. 331). Altri parlano di privilegio personale e locale (es. Regatillo, da Coronata).

[27] Il CIC 1917 riporta largamente la tradizione canonica a proposito del vincolo numerico («... non licet sacerdoti plures in die celebrare Missas, nisi ex apostolico indulto aut potestate facta a loci Ordinario [§ 1] ... non est autem in eius potestate plures quam duas Missas eidem sacerdoti permittere [§ 2]» can. 806) personale («Sacerdos Missam ne celebret sine ministro qui eidem inserviat et respondeat» can. 813 § 1) e logistico («Missa celebranda est super altare consecratum et in ecclesia vel oratorio consecrato aut benedicto ad normam iuris, salvo praescripto can. 1196» can. 822 § 1 [il can. 1196 si riferisce appunto agli oratori domestici che non si voleva che divenissero luoghi sacri]) per la celebrazione di Messe.

[28] Consanguinei e affini coabitanti e ospiti nobili vengono perciò definiti privilegiati semplici o *minus principaliter* (per distinguerli dagli indultari o *privilegiati principaliter*). «Privilegiati minus principaliter, seu ii qui, adstante uno saltem ex indultariis, possunt in oratorio audire missam, et, diebus dominicis festique de praecepto, satisfacere praecepto ecclesiastico audienti missam, sed non possunt, nec omnes, nec singuli, facere celebrare coram se» (Séraphin Many, *Praelectiones de locis*

si collegava l'onere stipendiale) era contenuta nello spazio e soprattutto nelle persone[29]. La *ratio* pare quella di riservare la celebrazione "privata" non alla soddisfazione di un'aspirazione ideale ma alla reale ed effettiva necessità o utilità spirituale dei privilegiati principali. La deroga al regime parrocchiale assume quindi un carattere di eccezionalità e straordinarietà.

Alla restrizione dei commissionari si accompagnava anche la rigorosa limitazione quantitativa. L'indulto consentiva l'incarico di *una sola Messa giornaliera*. L'eccezione all'esclusività della celebrazione quotidiana doveva pertanto essere ammessa previamente e autoritativamente e adeguatamente motivata. La prescrizione s'inquadra nella stessa logica limitativa del beneficio e d'indisponibilità dell'ordine cultuale. L'incremento o l'agevolazione della pietà personale e familiare d'altronde mal si conciliano con il pullulare o la moltiplicazione dei segni. La richiesta di duplicazione o triplicazione dei sacrifici eucaristici, lungi dal minacciare le prerogative sociali e parrocchiali, poteva però rispondere ad esigenze di ospitalità[30], di salute[31] o di venerazione[32], meritevoli di considerazione e riconoscimento.

Il calendario liturgico precludeva inoltre la celebrazione nell'oratorio privato nei giorni più solenni dell'anno. I c.d. giorni esclusi non ammettevano celebrazioni isolate o senza popolo[33]. La socialità e condivisione ecclesiale delle maggiori feste prevalevano così sulla concessione individuale e assicuravano un minimo di raduno ed edificazione della comunità. In tali circostanze l'impedimento fisico poteva però giustificare un'assistenza pastorale specifica.

4.2. L'orario delle Messe

L'orario della celebrazione eucaristica era fissato in maniera abbastanza tassativa nella fascia ante meridiana: dall'alba al mezzogiorno. La statuizione

---

sacris, p. 163).

[29] La valutazione di tali presupposti doveva essere rimessa al giudizio del ministro.

[30] Cfr. rescr. n. 2.

[31] Cfr. rescr. n. 4.

[32] Cfr. rescr. n. 5.

[33] Il principio del divieto risale alle fonti antiche già recepite nel Decreto di Graziano (*Grat*., D. 1 c. 35 de cons.) i giorni più solenni corrispondono a quelli di precetto, escluse le singole domeniche («Dies festi sub praecepto in universa Ecclesia sunt tantum: Omnes et singuli dies dominici, festa Nativitatis, Circumcisionis, Epiphaniae, Ascensionis et sanctissimi Corporis Christi, Immaculatae Conceptionis et Assumptionis Almae Genitricis Dei Mariae, sancti Ioseph eius sponsi, Beatorum Petri et Pauli Apostolorum, Omnium denique Sanctorum» can. 1247 § 1 CIC 17, l'indicazione è stata sostanzialmente raccolta anche nel can 1246 § 1 vigente).

temporale, come quasi tutti gli elementi cultuali, ha un significato simbolico e funzionale. Il riferimento solare orienta la dimensione cosmica e rappresentativa della liturgia. La centralità della collocazione della Messa suggellava così la santificazione dell'intera giornata: la luce di Cristo, vero sole delle anime, raggiunge il suo apice ma non conosce tramonto. L'aspetto funzionale legato alle esigenze sociali, alle garanzie materiali di pulizia, visibilità e luminosità e, soprattutto, allo stesso rispetto del sacro col tempo ha sempre più oscurato l'ascendenza tradizionale primitiva[34] e imposto la collocazione del sacrificio nella parte migliore del giorno. L'osservanza del digiuno eucaristico di fatto ha modulato e caratterizzato il regime celebrativo[35]. La praticità esigeva d'altronde regole certe e chiare di agevole riscontro[36]. Sta di fatto che sin quasi alla riforma liturgica, la Messa pomeridiana e vespertina, al di là di talune vigilie solenni, non aveva riscontri.

La previsione di un orario standardizzato (relativamente variabile stagionalmente) non escludeva comunque una certa larghezza e flessibilità interpretativa e applicativa. Il sorgere del sole era rapportato al primo chiarore del giorno e il mezzogiorno all'apice del suo corso senza una rigida determinazione oraria. L'inizio orientativo della celebrazione fissava il limite temporale. Il regime di vita più risalente tra l'altro portava in genere all'esigenza di anticipare più che di dilazionare il lasso indicato. La pastoralità e la benevolenza del governo ecclesiastico venivano facilmente incontro a richieste e necessità diffuse e generalizzate.

Le cappelle private si adeguavano puntualmente e scrupolosamente alle prescrizioni generali. L'opportunità di una dispensa appare sicuramente meno pressante e stringete considerato il relativo regime, al contempo un'eventuale deroga comporta una minor incidenza nel tessuto sociale e nel costume. Le particolarità del caso, ad esempio in occasione di viaggi o spostamenti extrafestivi, ben possono consigliare un contenuto ampliamento degli orari che non stravolga i valori consolidati.

4.3. Le caratteristiche della celebrazione negli oratori privati

La celebrazione della S. Messa negli oratori privati era soggetta a ulteriori

---

[34] L'ora della celebrazione eucaristica anticamente era *ante lucem*, e cioè di notte prima del sorgere del sole (così scrive Plinio a Traiano), così riferisce anche Tertulliano il quale parla di *coetus antelucani* (riunioni prima del sorgere della luce). Cfr. anche Mario Righetti, *Manuale di storia liturgica*, III, Àncora, Milano, 1964[3] [rist. 2005], pp. 77-80.

[35] «Sacerdoti celebrare ne liceat, nisi ieiunio naturali a media nocte servato» (can. 808 CIC 17).

[36] La cristianizzazione della società, i modelli economici e l'abbondanza di clero non ponevano eccessive difficoltà pastorali.

vincoli e restrizioni. Il criterio di fondo è quello di ottemperare al bene degli indultari senza sminuire i diritti parrocchiali. Non c'era insomma un'equiparazione del sito con le chiese o gli oratori pubblici[37]. Si possono rilevare, ad esempio, evidenti discrasie: 1) nella presenza necessaria dei beneficiari, 2) nell'accesso alla Comunione e 3) nella soddisfazione del precetto.

La celebrazione è consentita ordinariamente solo con l'assistenza degli indultari. Il fattore strettamente personale condiziona dunque lo svolgimento del sacrificio dell'altare sia, come abbiamo già considerato, nel momento dispositivo (commissione) sia in quello esecutivo (celebrazione). La considerazione dell'utilità dei partecipanti prevale quindi sull'interesse ecclesiale (più che del sacerdote) ad usufruire della specifica mensa eucaristica per garantire la quotidianità della celebrazione[38]. L'indulto d'altronde è funzionale non alla moltiplicazione delle are ma all'assicurazione delle necessità o dell'agio spirituale degli assistenti. Tale misura di salvaguardia esprime un evidente intento limitativo e restrittivo del carattere privato del culto. La condizione per assolvere tale requisito si considera peraltro soddisfatta dalla presenza di uno solo dei beneficiari[39]. Anche il *bonum singulae animae* ha in pratica una sufficiente meritevolezza e tutela. L'uso del privilegio era severamente circoscritto e attentamente controllato, evitando abusi e cedimenti.

La celebrazione negli oratori privati non consentiva abitualmente la ricezione della Comunione eucaristica[40]. Non vigeva quindi alcun automatismo tra assistenza al Sacrificio e ammissione al Sacramento[41]. La facoltà di comunicarsi invece era riservata in via generale al diritto parrocchiale. Il regime stabilito garantiva in tal modo l'adeguata vigilanza del parroco sull'amministra-

---

[37] Ad evitare ambiguità e fraintendimenti coi luoghi sacri, si precludeva espressamente ogni specifica forma di benedizione o consacrazione dell'ambiente: «Hic est quod hujusmodi non habentur uti loca sacra, neque eis conveniunt quae jus de locis sacris tradit» (Pietro Gasparri, *Tractatus canonicus*, p. 147).

[38] A proposito del sacerdote ospite l'ampliamento deriva dalla effettiva pienezza dell'accoglienza riservata all'invitato.

[39] Cfr. *supra* nt. 28. Precisa inoltre Pietro Gasparri: «Quod si plures sunt personae principaliter privilegiatae, mortua una, privilegium permanere pro alia, evidens est» (*Tractatus canonicus*, p. 168). L'indulto non richiede quindi né la presenza né la sopravvivenza di tutti i beneficiari.

[40] «Immo nec dari potest (sine episcopi licentia) sacra communio. (...) requiritur vel privilegium scriptum, vel consuetudo legitima [...] sed numquam datum fuit, modo generali, indultum pro oratoriis domesticis, nec adest, in horum favorem, consuetudo universalis» (Séraphine Many, *Praelectiones de locis*, pp. 170-171).

[41] Non a caso un commento alla codificazione piano-benedettina rilevava: «Praeter missam et nunc etiam dispensationem s. communionis, nulla alia functio sacra in istiis oratoriis permittitur» (Arthur Vermeersch, Joseph Creusen, *Epitome Iuris Canonici cum commentariis*, II, H. Dessain, Mechliniae – Romae, 1922, p. 274). Nei primi decenni del secolo ventesimo l'introduzione era ancora percepita evidentemente come una novità.

zione del Pane eucaristico. Il limite individuato risultava meno penalizzante di quanto sembri, considerata la minor frequenza e la quasi straordinarietà della Comunione nel costume dell'epoca[42]. La preclusione della ricezione in via ordinaria del Sacramento non impediva inoltre l'eccezionale e motivata concessione.

La soddisfazione del precetto festivo infine era limitata agli indultari. La legislazione mirava infatti a contenere, non a facilitare la riservatezza del dovere cultuale[43]. Il significato sociale e comunitario dell'osservanza domenicale prevaleva sull'adempimento individuale al punto che l'assistenza al sacrificio eucaristico poteva essere dissociata dalla soddisfazione dell'obbligo[44]. Il beneficio si estendeva comprensibilmente ai più stretti congiunti e, in parte, alla servitù ma escludeva tutti gli altri[45]. La partecipazione eucaristica in pratica non era generalizzata e indiscriminata, ma abbastanza rigidamente predeterminata.

5. Le specificità delle fattispecie considerate

I cinque casi esaminati comportano un'estensione della facoltà di ordinare la Messa rispetto alla disciplina vigente quanto alla provenienza dell'incarico, al numero di celebrazioni e all'orario consentito.

Nel primo rescritto si amplia la commissione della Messa, in caso di assenza, anche ai consanguinei e affini coabitanti con gli indultari. In tal modo gli appartenenti alla famiglia abitanti nel palazzo potevano supplire i diretti bene-

---

[42] Il can. 863 CIC 1917, seguendo le disposizioni di S. Pio X, in maniera esemplare e indicativa disponeva: «Excitentur fideles ut frequenter, etiam quotidie, pane Eucharistico reficiantur ad normas in decretis Apostolicae Sedis traditas; utque Missae adstantes non solum spirituali affectu, sed sacramentali etiam sanctissimae Eucharistiae perceptione, rite dispositi, communicent». Nella distribuzione del Sacramento era stata così definitivamente archiviata ogni riserva o prerogativa soggettiva *ratione ufficii* e si cercava di superare le resistenze ancora presenti nella mentalità popolare.

[43] Cfr. Clemente XI, decr. *Nonnulli*, 15 dicembre 1703, in Pietro Gasparri, *Codicis Iuris Canonici fontes*, Typis Polyglottis Vaticanis, Romae, 1928, I, n. 264, pp. 522-523; Benedetto XIV, enc. *Magno cum*, 2 giugno 1751, *ibid*., II, n. 413, pp. 318-331.

[44] La formula tipo degli indulti apostolici in questione ad esempio aveva questo tenore: «[...] familiares, servitiis suis tempore dictae Missae actu non necessarii, ibidem hujusmodi adstantes ab obligatione audiendi Missam in ecclesia diebus festis de precepto minime liberi censeantur» (Pietro Gasparri, *Tractatus canonicus*, cit., pp. 167-168), ad indicare esplicitamente che l'eventuale assistenza alla Messa nell'oratorio non dispensava comunque dall'obbligo fissato i soggetti non autorizzati o *in actu* giustificati.

[45] «Personae missam illam audientes non satisfaciunt praecepto. [...] Unde non satisfaciunt praecepto nisi personae quae expresse designantur ad hoc in singulis indultis» (Séraphine Many, *Praelectiones de locis sacris*, p. 169).

ficiari nel disporre la celebrazione quotidiana. Si garantisce così la regolarità dello svolgimento del Santo sacrificio semplicemente in presenza di alcuno dei possibili fruitori[46].

Nel secondo, quarto e quinto rescritto riportato si consente la celebrazione di Messe oltre quella abituale in presenza di determinate circostanze. I motivi della duplicazione o triplicazione del Sacrificio sono diversi: la malattia di un familiare, l'ospitalità della mensa eucaristica, l'onore del santo titolare dell'oratorio. La modalità della reiterazione si adegua peraltro al motivo della concessione. L'infermità dell'assistente giustificava un'ulteriore celebrazione confacente presumibilmente alle sue particolari esigenze e consentiva anche la Comunione[47]. Può essere utile considerare che Orazio del Pozzo era sacerdote e verosimilmente officiava ordinariamente nell'oratorio in questione. La circostanza spiega tanto l'esigenza della duplicazione quanto la non troppo remota eventualità dell'accoglienza di un presbitero ospite. La ricorrenza del santo titolare della cappella motivava poi una particolare risonanza liturgica[48]. Dal tipo di richiesta sembra desumersi che la triplicità delle Messe non si risolvesse nella trinazione del sacerdote addetto (secondo quanto avveniva ad es. nella commemorazione per i fedeli defunti) ma nella pluralità di incarichi.

Il tenore del terzo e del sesto rescritto circa l'anticipazione o posticipazione oraria delle Messe è analogo. A distanza di sette anni anche i provvedimenti hanno un contenuto sostanzialmente uguale[49]. La riproposizione della stessa istanza fa supporre che la concessione si intendesse legata al Pontefice regnante[50]. Come rilevato, la petizione è rimessa alla decisione dell'Ordinario competente (Vescovo di Salerno) con una specifica attribuzione di potestà. La valutazione dello spostamento temporale dipendeva infatti dalle circostanze e contingenze locali. L'interesse ecclesiale al rispetto delle prescrizioni stabili-

---

[46] La presenza almeno degli indiretti beneficiari chiaramente è *conditio sine qua non* della lecita celebrazione.

[47] L'inciso della formula della richiesta («facendo la SS.ma Comunione») e del relativo provvedimento («post susceptam Communionem») indicano che la facoltà di comunicarsi non era compresa nell'assistenza eucaristica ma si riconduceva solo al supporto spirituale dell'infermo. La stessa normativa piano-benedettina, quando già era stata superata tale proibizione, reca implicita traccia del precedente divieto («Sacra communio **distribui potest ubicunque Missam celebrare licet, etiam in oratorio privato**, nisi loci Ordinarius, iustis de causis, in casibus particularibus id prohibuerit», can. 869).

[48] Il mancato reperimento dell'Indulto non permette di determinare chi fosse il santo patrono e quando ne ricorresse la commemorazione.

[49] Ci sono minimi affinamenti stilistici e redazionali.

[50] Sembra trattarsi di un atto *ad nutum disponentis* o, piuttosto, della conseguente cessazione della facoltà speciale dell'Ordinario, la personalità del privilegio altrimenti lo estenderebbe alla vita dei beneficiari senza bisogno di rinnovazione. È utile aver presente peraltro che tra il pontificato di Pio VII e di Pio VIII, si inserisce quello di Leone XII (1823-1829).

te tuttavia non appare trascurabile se viene espressamente sottolineato nella triplicazione delle Messe per il patrono[51]. La benevolenza del sistema mirava comunque ad assicurare il decoro e la razionalità della celebrazione.

Dai provvedimenti esaminati emerge in generale un certo rigore e formalismo amministrativo. Gli oratori si rivolgono con facilità e fiducia al Pontefice per sottoporre integrazioni o estensioni dell'Indulto apostolico. Stando alla dottrina, alcuni dei casi proposti avrebbero al limite potuto prescindere da un intervento dell'autorità, risolvendosi in un'interpretazione esplicativa o dichiarativa della disciplina vigente[52]. L'accentuato ricorso al governo centrale anche in caso di incertezza o dubbio dimostra peraltro la serietà e coscienziosità nell'uso del privilegio, evitando sviluppi o estensioni *praeter legem*. La prassi provvedimentale in parola, soprattutto se – come riteniamo – fosse suffragata da una notevole mole di documenti di questo tipo, attesta la cura e la diligenza nella stretta osservanza del dovuto e la coscienza dell'impronta limitativa della facoltà cultuale nell'oratorio privato. Gli indultari si sentivano strettamente vincolati all'abilitazione ricevuta e sperimentavano una viva dipendenza dal Sommo Pontefice.

Al di là della costante risposta positiva e dell'accoglimento dell'istanza, nel materiale sottoposto spicca pure una certa attenzione e circospezione nel definire i termini della questione. La comprensione e l'indulgenza non risultano insomma ingenue e sprovvedute. I provvedimenti contengono una sommaria ma precisa regolamentazione del disposto. In tutte le fattispecie la decisione apporta delle limitazioni o puntualizzazioni restrittive. La domanda è sempre accolta con le specificazioni dettate dalla prudenza e dall'esperienza curiale: la facoltà di commissionare le Messe in assenza degli indultari è condizionata logicamente alla vita degli stessi[53]; la duplicazione in presenza di un sacerdote ospite è vincolata al pernottamento dell'ospite e scongiura esplicitamente una terza Messa[54]; il primo ampliamento dell'orario sottolinea la ragionevolezza della causa[55]; la Messa e Comunione *pro infirmo* è ammessa solo nei giorni consentiti e in presenza degli indultari[56]; la triplicazione della Messe per il santo patrono avviene *ad triennium* con esclusione dei giorni più

---

[51] Cfr. resc. n. 5 («non tamen ante auroram nec post meridiem»). Una circostanza puramente devozionale non giustifica evidentemente una deroga all'ordine orario fissato.

[52] A proposito ad esempio dell'assistenza spirituale dell'infermo o dell'accoglienza del sacerdote.

[53] Cfr. resc. n. 1. Si vuol evitare in ogni modo una perniciosa ultrattività del beneficio.

[54] Cfr. resc. n. 2. Viene estesa perciò la soddisfazione del precetto all'eventuale assistente.

[55] Cfr. resc. n. 3. La notazione ci pare *ad abundantiam*. La formula comunque viene ripresa e seguita pure nella successiva istanza (resc. n. 6).

[56] Cfr. resc. n. 4.

solenni e negli orari prescritti[57]; il secondo ampliamento dell'orario riporta le condizioni precedenti e aggiunge l'obbligo della presenza degli oratori[58]. Una formula ricorrente, quasi a mo' di clausola generale, è pure la statuizione dell'osservanza *in reliquis omnibus* della forma e del tenore dell'indulto[59]. La garanzia della Messa e il possibile ampliamento della celebrazione quotidiana non è insomma indiscriminato ma cauto e ponderato.

6. Un regime stimolante e "provocatorio" anche per la sensibilità contemporanea

Il riscontro della specificità o peculiarità dei casi considerati più del tenore della legislazione aiuta a comprendere la stringenza e lo spirito delle prescrizioni canoniche. I rescritti riportati testimoniano infatti l'accentuata sensibilità giuridica, la meticolosità e costanza del ricorso all'autorità. I suddetti provvedimenti più che discostarsi o correggere i principi normativi e dottrinali tracciati ne attestano insomma l'incidenza pratica e la concreta applicazione pastorale.

Il regime previgente conduce sicuramente ad avvalorare la maggior libertà e apertura attuale[60]. Per quanto sia profondamente mutato il contesto sociale e abbia preso sempre più piede il senso comunitario e solidale della liturgia, il principio non è più la limitazione e compressione delle ipotesi di celebrazione ma il massimo riconoscimento della possibilità di partecipazione dei fedeli. Fermo restando la vigilanza dell'Ordinario del luogo, al rigoroso controllo autoritativo è subentrata una rilevante fiducia e responsabilità nei confronti del ministro circa la distribuzione dell'Eucaristia e l'idoneità del luogo[61]. La verifica e l'autorizzazione si limitano all' "avviamento" cultuale e alla preservazione del luogo sacro, non al puntuale riscontro delle singole azioni e delle relative modalità operative.

Un altro aspetto della prassi decimononica abbastanza sfavorevole e penalizzante è costituito dall'accentramento e dalla riserva pontificia. L'intenzio-

---

[57] Cfr. resc. n. 5. Si precisa pure la soddisfazione del precetto solo per gli indultari.

[58] Cfr. resc. n. 6.

[59] Cfr. resc. nn. 1 e 4.

[60] Pare inutile rilevare la speciale considerazione della nobiltà delle persone e viceversa la restrizione nei confronti dei domestici o servitori rispondente ad una radicata concezione classista.

[61] Cfr. ad es. can. 912: «Ogni battezzato, il quale non ne abbia la proibizione dal diritto, può e deve essere ammesso alla sacra comunione» e can. 932 § 1: «La celebrazione eucaristica venga compiuta nel luogo sacro, a meno che in un caso particolare la necessità non richieda altro; nel qual caso la celebrazione deve essere compiuta in un luogo decoroso».

nale restrizione della privatizzazione dei riti attraeva alla competenza papale ogni ipotesi di specifica abilitazione. La valutazione delle concrete circostanze e situazioni (e presumibilmente l'inoltro e l'istruzione delle pratiche), come abbiamo visto[62], potevano comportare il concorso della potestà dell'Ordinario e la remissione al suo prudente giudizio, sempre però attraverso il conferimento *ad actum* delle necessarie facoltà. Il mancato decentramento e l'assenza di autonomia decisoria determinano una macchinosità e un appesantimento che oscurano l'identità del Pastore locale. L'abituale dissociazione del Sacrificio dalla Comunione e la straordinarietà dell'assunzione dell'Eucaristia, salvo motivate eccezioni, privavano gli interessati del bene ecclesiale in assoluto più ricco e prezioso e non contribuivano certo ad alimentare la familiarità col mistero di Cristo. La saltuarietà della Comunione eucaristica pare ascrivibile però più al costume e alla mentalità dell'epoca che ai vincoli *ratione loci* fissati, trova comunque un riscontro e un suggello nei divieti previsti.

L'impronta gerarchica e la minuziosità regolamentare che ispira il materiale provvedimentale proposto non può ignorare peraltro l'interesse e la validità della *ratio* sottostante e degli spunti raccolti. Il legalismo e l'ossequio nei confronti dei dettami testimoniano pure la fine obbedienza e il senso della giustizia. Il *bonum agere* non risulta avulso dalla zelante osservanza delle prescrizioni normative. Il rispetto per il dover essere del culto appare in definitiva come una manifestazione indiretta della virtù di religione e della pietà. La ripetitività e facilità del riscontro inoltre sembrano in parte contrastare e compensare l'apparente artificiosità e complicazione del sistema. Anche l'orientamento accondiscendente evidenzia la comprensione e la disponibilità dell'autorità, senza troppa rigidità e intransigenza. Fermo restando la non auspicabile sporadicità o saltuarietà della Comunione eucaristica, un paio di aspetti positivi erano rappresentati dall'efficacia dell'affidamento pastorale dei fedeli all'ufficio istituzionalmente preposto e dal riconoscimento dell'autonomo e assoluto valore del sacrificio[63]. I rescritti attestano proprio quanto tenessero gli indultari alla garanzia dello svolgimento della Messa e all'incremento dell'onore divino. Un aspetto di fondo che presiede tutta l'attività provvedimentale in considerazione è dunque l'estrema cura della materialità del sacro e della dignità del culto[64].

---

[62] Cfr. resc. nn. 3 e 6, nonché i riferimenti in nt. 24.

[63] La diretta conoscenza del parroco, soprattutto in società ristrette e stanziali, poteva assicurare meglio l'adeguata cura della comunità, il riscontro della preparazione e disposizione dei fedeli, il dovuto rispetto per il sacro e gli interventi formativi o correttivi del caso. In assenza della Comunione, risulta patente la validità e meritorietà dell'ascolto a prescindere dalla pienezza della partecipazione sacramentale.

[64] La cura per la sistemazione del luogo si ricava più chiaramente dalla precedente serie di rescritti

Il divario e la profonda disparità che separano la logica e la sensibilità contemporanea dallo stile e dal costume decimononico aiutano a comprendere meglio il valore delle acquisizioni raggiunte e l'incremento organico della liturgia[65]. All'indubbio progresso legislativo e concettuale non è però corrisposto un uguale sviluppo comportamentale e morale. Il bonario sorriso che si ricava dalla lettura dei testi lascia allora il posto a un po' di amarezza e disappunto. Senza rivedere affrettatamente i giudizi, bisogna forse guardare con maggior stima e riguardo al passato. L'impressione di una concezione anacronistica e superata lungi dal condurre a un improponibile ritorno all'antico spinge a raggiungere e maturare un'autentica dimensione giuridica del sacro rispettosa della realtà e dell'esperienza storica[66].

(*La prassi sul precetto festivo*..., pp. 296-298), in questa sede emerge ugualmente dalla stessa redazione degli atti e soprattutto dal contenuto come il ricorso all'autorità costituisse una forma di accortezza e di salvaguardia del retto uso dell'ambiente.

[65] Ha sviluppato con particolare acume lo sviluppo organico della liturgia Joseph Ratzinger: «La liturgia non è paragonabile a una apparecchiatura tecnica, a qualcosa che si fa, ma a una pianta, a qualcosa, cioè, di organico, che cresce e le cui leggi di crescita determinano le possibilità di un ulteriore sviluppo» (*Introduzione allo spirito della liturgia*, San Paolo edizioni, Cinisello Balsamo, 2001, p. 161).

[66] Cfr . Dominique Le Tourneau, *La dimension juridique du sacré*, Wilson & Lafleur, Montréal, 2012, pp. 163-204.

Riassunto

Il contributo esamina sei rescritti pontifici del primo ottocento relativi all'ordinazione di Messe in un oratorio privato gentilizio. Al di là dell'analisi del contenuto documentale, formale e procedimentale del materiale proposto, si analizza la disciplina all'epoca vigente circa la facoltà di ordinare Messe, l'orario e le caratteristiche delle celebrazioni, con le specificità riconducibili ai provvedimenti in questione. L'apprezzamento per la maggior libertà e apertura attuale (soprattutto a fronte della centralizzazione, restrizione e minuziosità precedente), non deve perdere di vista peraltro la sensibilità giuridica e il rispetto per l'autorità, la cura della materialità del sacro e della dignità del culto che emergono dalla prassi del passato.

Parole chiave

Rescripta ex audientia Sanctissimi, oratorio privato, ordinazione di Messe

Abstract

This article examines six pontifical rescripts dating to the first half of the 19th century, all of which concern the ordering of Masses in a private oratory of the nobility. Beyond developing an analysis of the formal, procedural and documentary elements of the material presented, this article seeks to analyze the legislation of the period concerning the faculty of ordering Masses, as well as the schedule and characteristics of celebrations, with specific reference to the provisions in question. Appreciation for the greater freedom and openness of present day (especially in comparison to the centralization, restriction and meticulousness of the past) must not, however, lead to a loss of juridical sensibility or respect for authority, nor of that material care for the sacredness and dignity of worship that clearly emerges in past praxis.

Key words

Rescripta ex audientia Sanctissimi, *private oratory, ordering of Masses*.

La libertà religiosa nello Stato liberale tra teoria e prassi

Giovanni B. Varnier

Il lettore attento avrà già osservato, che il titolo del presente contributo riprende parzialmente quello di un volume di oltre 750 pagine: *Teoria e prassi delle libertà di religione*, pubblicato nel 1975 dalla Società Editrice Il Mulino nella collana di studi, testi e ricerche: *Religioni e società*, diretta da Francesco Margiotta Broglio[1].

In quella occasione, con il finanziamento dal Consiglio Nazionale delle Ricerche, uno specifico gruppo di lavoro – partendo dall'interrogativo «sulla *idoneità* dei tradizionali strumenti della scienza giuridica a favorire una giusta comprensione della realtà normativa»[2] – svolse una indagine con la quale i diversi autori che collaborarono alla ricerca si proposero di realizzare un confronto «tra la *realtà normativa e astratta*, quale appare nei rispettivi testi legislativi, e la più vasta problematica (teorica, giurisprudenziale, dottrinale, culturale, sociale) che attorno alla medesima questione religiosa si sviluppa in modo complesso e contradditorio»[3].

Ho ricordato quel precedente (che difficilmente potrà ripetersi in quella forma in considerazione delle restrizioni dei finanziamenti per la ricerca scientifica, specialmente umanistica) per richiamare la validità metodologica dell'innesto del dato giuridico nella realtà socio-culturale. Non c'è dubbio, infatti, che limitare l'esame alla sola entità normativa, significa precludere la possibilità di verificare la portata di un provvedimento e trascurarne l'incidenza in uno specifico contesto sociale.

Queste premesse sono valide per qualsiasi oggetto si intenda prendere in considerazione, ma nel nostro caso sono da porre in relazione all'analisi di permanenze e discontinuità di rapporti tra rilievo del fattore religioso nella sfera pubblica e laicità dello Stato. Aggiungo subito che il debito metodologico nei confronti di quella precedente ricerca è solo di ordine formale, in

---

[1] Cfr. Aa.Vv., *Teoria e prassi delle libertà di religione,* Il Mulino, Bologna, 1975.

[2] *Ivi*, p.15.

[3] *Ibidem*.

quanto l'analisi che ho condotto è autonoma e, inoltre, affronta un aspetto che allora non fu preso in esame.

Mi riferisco al rilievo della teoria e prassi della libertà di religione nell'età del separatismo e del giurisdizionalismo liberale[4]. In particolare, il sistema separatista, dalla sua classificazione dogmatica alla nozione storico-politica, evidenzia in materia di religione un divario proprio tra teoria e prassi, da considerarsi come un vero e proprio vallo.

Aggiungo che la presente analisi non nasconde l'intento di indirizzare l'attenzione verso lo studio dell'Ottocento; perché, dopo l'enfasi che accompagnò la storia risorgimentale, oggi nella cultura italiana le vicende che si riferiscono al XIX secolo sono ormai pagine dimenticate. Così nel silenzio è trascorso il 150° del biennio 1866-1867, in cui furono approvate le più estese leggi cosiddette eversive dell'intero patrimonio ecclesiastico presente in Italia.

Furono provvedimenti che, al di là del contenuto normativo[5], ebbero una incidenza di ordine socio religioso che è ancora da valutare. Infatti «la soppressione di tanti istituti religiosi, secolarmente radicati nel tessuto sociale del Paese, la smobilitazione di un consolidato patrimonio ecclesiastico dai complessi rapporti con la società e l'economia, soprattutto locale, portavano conseguenze profonde nella vita della città, ma soprattutto in quell'Italia provinciale e campagnola, dove viveva la maggior parte degli italiani»[6].

Sempre in relazione alla lacuna che si sta producendo nella conoscenza del passato, osservo che non si può comprende la storia italiana, per tutta quella parte che risulta impregnata dei valori borghesi, senza fare riferimento ai principi scaturiti dalle rivoluzioni liberali. Parimenti le nostre vicende nazionali risultano intrecciate con quelle della Chiesa e da essa condizionate. Quindi, dall'affermarsi dello Stato liberale in lotta contro il potere dei papi fino alle crisi del liberalismo di governo, la storia contemporanea dei rapporti fra società civile e società religiosa costituisce una notevole parte della storia dello Stato italiano e, soprattutto, una parte che non è possibile ignorare senza perdere il senso dell'orientamento.

Se dal 1848, la classe dirigente sabauda, grazie alla flessibilità dello Statuto albertino, tentò di costruire un sistema di separazione, tale da relegare in

---

[4] In questo senso si veda, tra l'altro, Pietro Gismondi, *Il nuovo giurisdizionalismo italiano. Contributo alla dottrina della qualificazione giuridica dei rapporti fra Stato e Chiesa,* Giuffrè, Milano, 1946; Piero Bellini, *Le leggi ecclesiastiche separatiste e giurisdizionaliste (1848-1867)*, in Pietro Agostino d'Avack (a cura di), *La legislazione ecclesiastica,* Neri Pozza, Vicenza, 1967, pp.145-192.

[5] Si veda, da ultimo, Francesco Campobello, *La Chiesa a processo. Il contenzioso sugli enti ecclesiastici nell'Italia liberale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017.

[6] Andrea Riccardi, *La soppressione delle corporazioni religiose e la liquidazione dell'asse ecclesiastico*, in *Il Parlamento italiano*, vol. II, 1866-1869, Nuova CEI, s.l., s.d., p.219.

una posizione essenzialmente simbolica il principio confessionista proclamato nell'articolo 1° della Carta costituzionale, presto si dovette fare i conti con la realtà, cioè con il problema degli ordinamenti che si possono combattere, con cui eventualmente ci si può alleare, ma che non si possono ignorare.

Come sappiamo, dopo la Rivoluzione e il crollo dell'impero napoleonico, si pose la questione se ristabilire l'ordine deteriorato o crearne uno nuovo, fondato sul principio di nazionalità e sulle idee liberali. Prevalse la prima strada, cioè di ripristinare l'antico e favorire l'applicazione del principio di legittimità. In questo quadro di ritorno allo *status quo ante*, la Restaurazione spirituale fu più durevole di quella politica, perché la Chiesa cattolica resistette meglio alla Rivoluzione e la ripresa pastorale dell'800 fu segnata, da un lato, dalla parziale ricostruzione degli ordini e delle congregazioni religiose e, dall'altro, dal superamento dei pericoli del gallicanesimo giurisdizionalista.

Non irrilevante risulta l'osservazione del rovescio della medaglia, che ci mostra come nell'età della Restaurazione religione e libertà presero strade diverse, lasciando spazio all'indifferentismo borghese e all'anticlericalismo, mentre in campo cattolico prevalse una visione tesa ad interpretare in modo negativo tutto il prodotto della modernità e, quindi, a rifiutare il progresso, perché ritenuto diretto contro la fede. Quindi il tentativo compiuto dai cattolici liberali di porsi alla guida del processo di unificazione politica fu di breve durata e il Risorgimento vide soccombere il cattolicesimo nazionale rispetto a quello romano. La Chiesa, quale momento universale, si oppose allo Stato italiano, il quale si realizzò contro di essa e l'identità tra religione e nazione si ruppe quando il pontefice Pio IX si avvide che, se il papato si fosse fatto interprete dello spirito nazionale italiano e posto alla guida del moto risorgimentale, avrebbe perduto la propria cattolicità.

Da quel momento, lavorare per la dinastia di casa Savoia e contemporaneamente contro lo straniero volle dire dar vita ad una monarchia nazionale, espressione del compromesso faticosamente raggiunto tra il vecchio e il nuovo: la grazia di Dio viene così ad essere unita alla volontà della nazione. Dopo che per secoli l'intervento divino era stato chiamato a sostenere il trono dei sovrani e il mondo religioso affiancava quello civile nella guida dei popoli, i governi liberali rovesciarono quel sistema, modificando radicalmente i rapporti tra Stato e Chiesa.

Sfortunatamente nella costruzione nazionale prevalsero la concezione giacobina e l'accentramento dello Stato, una visione che non riconosce alcun ruolo ai corpi intermedi. Così, l'Italia prese forma sullo stampo centralista sabaudo, perché le forze del laicismo parlamentare ritenevano che un sistema di autonomie avrebbe finito per favorire la Chiesa in quanto radicata nel tessuto locale. La monarchia risorgimentale – prodotto della rivoluzione e frutto

della fusione delle istanze unitarie con l'esigenza di conservazione del potere dinastico – avrebbe dovuto distruggere il papato per potersi radicare a Roma. Parimenti, le nuove istituzioni politiche, scaturite a seguito dello Statuto, sarebbero risultate inconciliabili con il ruolo pubblico della Chiesa cattolica in Italia.

Ancora una volta, come in molti ambiti della politica italiana, muovendoci tra separatismo e giurisdizionalismo (o se si vuole tra ottica privatistica e riconoscimento del ruolo pubblico del fattore religioso) assistiamo al tentativo di conciliare gli opposti.

Secondo Pier Carlo Boggio (1827-1866), che fu l'ispiratore della politica ecclesiastica cavouriana, «Non [vi] è governo che possa credersi e dirsi emancipato realmente da ogni indebita ingerenza del potere spirituale, finché la differenza d'opinione religiosa può motivare una diseguaglianza civile e politica fra i cittadini»[7].

La legislazione risorgimentale, con la quale lo Stato italiano (andando, come altri Stati dell'epoca, contro il potere della Chiesa) si diede una propria struttura, è differente nel nostro Paese, in cui non si combatté soltanto contro i privilegi ecclesiastici (come successe in Spagna, in Francia, in Germania) ma si lottò anche contro il potere temporale, cioè contro il papa re. L'Italia dovette compiere due operazioni: la prima fu quella di laicizzarsi, cioè di sottrarre competenze alla Chiesa (il cosiddetto separatismo giurisdizionalista attraverso il quale si sottomise al diritto comune la manifestazione esterna del fenomeno religioso). Ciò comporta che lo Stato agisca nella sfera pubblica e la Chiesa nella sfera privata, dando così vita ad un filone legislativo che si estende con continuità per tutto il XIX secolo[8]: dal regno di Sardegna al regno d'Italia. Fu un percorso che iniziò con la legislazione sardo-piemontese del 1848 per giungere alla legge Crispi del 1890 sulla beneficenza pubblica.

In questo quadro troviamo un'ulteriore operazione che fu quella di sottrarre il potere temporale al pontefice e occupare lo Stato della Chiesa per unire la Penisola. Pertanto, appare evidente la presenza di un incrocio di conflitti ed è questa la anomalia italiana, per cui non si combatte il pontefice soltanto come sovrano temporale ma lo si combatte anche come autorità spirituale e, contemporaneamente, si contrasta la Chiesa cattolica nei suoi interessi con il potere temporale. Le due questioni vengono così ad incrociarsi e come tali

---

[7] Pier Carlo Boggio, *La Chiesa e lo Stato in Piemonte: esposizione storico-critica dei rapporti fra la Santa Sede e la Corte di Sardegna dal 1000 al 1834*, Sebastiano Franco e Figli, Torino, 1854, vol. I, p.127.

[8] Cfr. Giuliana D'Amelio, *Stato e Chiesa. La legislazione ecclesiastica fino al 1867,* Giuffrè, Milano, 1961.

dovranno essere risolte, con una doppia soluzione, come poi si concreterà con il Trattato e con il Concordato del 1929.

In tal modo a partire dalla metà del XIX secolo, un insieme di norme furono indirizzate contro il sistema confessionale, nell'intento di dare spazio all'autonomia legislativa dello Stato, il quale rivendicava, proprio con tali norme, competenze che riteneva dovessero essere sue. Questo mentre l'intera generazione del Risorgimento vide i propri ideali: unità nazionale, libertà di coscienza, governo rappresentativo, educazione laica contrastati dalla battaglia combattuta dalla Chiesa cattolica, facendo appello alla *pars sanior* contro la maggioranza di governo. In Italia nel tardo XIX secolo ci fu una sorta di *Kulturkampf*[9], sebbene in sede storiografica si tenda a trascurare quelli che furono i reali contorni dell'anticlericalismo ottocentesco, quando ogni istituzione pubblica era dominata da un persistente laicismo, l'anticlericalismo era l'ideologia attorno a cui costruire l'identità della nuova classe dirigente post-risorgimentale e lo spirito settario si manifestava ogni qual volta occorreva galvanizzare la minoranza legale.

L'anticlericalismo del secondo Ottocento fu un fenomeno che, in sede storiografica[10], risulta prevalentemente ridotto ad episodi e spesso trascurato, senza che si scorga in esso un autentico movimento politico, volto a perseguire sistematicamente l'obiettivo di tenere lontani i cattolici dal governo della cosa pubblica. Tale fenomeno – dopo aver consumato le sue ultime fiammate- scomparve tra la Grande Guerra e l'immediato dopoguerra e si ripresentò in misura ridotta molto più tardi (negli anni Cinquanta del Novecento), per contrastare l'invadenza clericale nella società italiana.

Vero è che il laicismo produsse molti interventi dello Stato liberale che sembrarono manifestazioni di anticlericalismo, ma che invece si debbono leggere come correttivi rispetto alle posizioni confessionali del passato; ciò si verificò perché, con detta politica, quella che fu una posizione decisamente favorevole per la Chiesa venne spostata nel lato opposto, cioè verso un indirizzo contrario agli interessi religiosi, per poi finire in una situazione di equilibrio (che si concretò prevalentemente in quella che è definita l'età giolittiana). Soltanto ad inizio del Novecento, superando l'intransigentismo e recuperando taluni elementi dell'antica corrente conciliatorista presente nel primo Risorgimento, si determinò uno sviluppo organizzativo del movimento cattolico, con

---

[9] Cfr. Giovanni B. Varnier, *Aspetti della politica ecclesiastica italiana negli anni del consolidamento dello Stato unitario*, in Rudolf Lill, Francesco Traniello (a cura di), *Il "Kulturkampf" in Italia e nei paesi di lingua tedesca,* Il Mulino, Bologna, 1992, pp. 163-212.

[10] Il riferimento bibliografico principale è a: Guido Verucci, *L'Italia laica prima e dopo l'Unità 1848-1876*, Laterza, Bari-Roma, 1996.

l'indicazione ad esso di integrarsi nella vita sociale e politica.

L'impianto normativo, che restò in vigore fino al 1929 (perdendo nel tempo quelle punte che ebbe all'inizio), fu costituito da una legislazione che si indirizza contro le posizioni di privilegio godute dalla Chiesa cattolica, al fine di dare spazio allo Stato, il quale rivendica, con queste norme, specifiche competenze in materie quali il matrimonio, l'istruzione, la sanità e l'assistenza.

In quel quadro di leggi cosiddette eversive non mancarono evidenti interessi economici e se leggiamo l'intervento alla Camera dei deputati di Francesco De Sanctis dell'8 luglio 1867, nella discussione del progetto di legge per la liquidazione dell'asse ecclesiastico, vediamo che l'aspetto finanziario della spogliazione dei beni della Chiesa viene nascosto con l'intento di conseguire una riforma morale del popolo: «Noi vogliamo la soppressione della manomorta materiale e della manomorta morale. La manomorta materiale […] sono dei terreni che, perché hanno un proprietario collettivo, non ne hanno nessuno; dei terreni i quali attendono il lavoro intelligente dell'interesse privato; dei beni che, nati dalla società, debbono ritornare ad essa. Io chiamo, signori, manomorta morale la costituzione e l'organizzazione di corpi nati dalla libera associazione e poi nel corso dei tempi a poco a poco costituiti in modo permanente e immobilizzati, dove non può penetrare la luce dal di fuori, dove l'aria non si rinnova e si vizia e si guasta»[11].

Sempre per restare nel filone della teoria e prassi della libertà religiosa, osservando meglio si scorge che il separatismo in Italia non si è mai realizzato come pure non potrà mai attuarsi, perché nel volgere del tempo le istanze separatiste si scontrarono prima con il neo-giurisdizionalismo liberale, poi con la conciliazione nazionale dei poteri e, infine, con il principio costituzionale di collaborazione dello Stato con le confessioni religiose.

Forse la sola Italia che non ebbe a rapportarsi con problemi di ordine religioso, perché più indifferente che laica, fu quella della Terza Roma umbertina e tardo-umbertina, con il culto laico e le liturgie della religione della patria e degli eroi. L'Italia laica, all'indomani del Risorgimento, provò a crescere non soltanto attraverso una contrapposizione frontale con l'Italia cattolica ma anche attraverso l'imitazione strategica dell'avversario, perseguendo la costruzione di una sorta di culto, con precetti etici, liturgie, rituali e reliquie di una religione civile.

In questo contesto l'errore commesso dagli anticlericali fu di ritenere che la fine del potere temporale avrebbe segnato anche l'epilogo della influenza della religione cattolica nella società. Il secolo più laico, l'Ottocento è, al con-

[11] La citazione è tratta da Francesco Campobello, *op.cit.*, p.12.

trario, quello in cui la Chiesa italiana espresse le maggiori figure e in cui la cultura cattolica trasse indubbio incremento.

Quelli che stiamo prendendo in considerazione sono anche gli anni che videro, a partire dal consolidamento dello Stato, l'avvio del tentativo della costruzione della nazione, accompagnato dal rinnovamento della cultura giuridica italiana; questo nell'intento di dare allo Stato sovrano una struttura istituzionale unitaria. Così si consuma la frattura tra il vecchio diritto della Chiesa e il nuovo diritto ecclesiastico dello Stato e le grandi questioni del tempo (come quelle relative all'applicazione della legislazione eversiva del patrimonio ecclesiastico o del più tardo scontro sulle opere pie) sono inizialmente affrontate da giuristi di diverse specializzazioni, perché non si è ancora formata una scienza ecclesiasticistica italiana.

A ciò si aggiunga che, come sappiamo, l'indirizzo impresso dalla politica ecclesiastica del nuovo regno fu all'origine di un notevole impegno scientifico per la sua interpretazione, segnando un significativo momento di sistemazione delle scienze giuridiche dopo l'unità d'Italia e di unificazione della legislazione amministrativa. Così la nuova normativa viene legata al più generale quadro di riforma istituzionale operata dal liberalismo italiano, nel processo riorganizzativo dello Stato unitario[12].

Se la libertà religiosa è alla base delle relazioni tra diritto e religione, l'insistenza su questo tema, anche se nella diversa situazione italiana, è differente tra i due capiscuola del nostro diritto ecclesiastico: Francesco Scaduto (1858-1942) e Francesco Ruffini (1863-1934). Quest'ultimo si sofferma sull'aspetto individuale della libertà, mentre nel primo prevale l'attenzione per l'elemento confessionale. Anzi, nel pensiero di Scaduto, la Chiesa cattolica e le altre confessioni esistono in quanto riconosciute dallo Stato, che in base ai propri fini può stabilire quali entità riconoscere, sostenendo, quindi, l'impraticabilità di un diritto comune per tutti i culti.

Tuttavia, rispetto alla separazione dello Stato dalla Chiesa, prevale il neo giurisdizionalismo liberale e nel difendere la formula delle religioni libere entro lo Stato sovrano, si distinse Luigi Luzzatti (1841-1927), che per breve tempo fu anche presidente del Consiglio.

Di recente questo autore è stato riscoperto come ecclesiasticista da Roberto Pertici[13], mentre Laura De Gregorio ha curato il volume Luigi Luzzatti, *Dio*

---

[12] Cfr. Gianfranco Macrì, *I rapporti Stato-Chiesa nell'evoluzione delle forme di Stato (1848-1871),* Edisud, Salerno, 2000.

[13] Cfr. Roberto Pertici, *I rapporti tra Stato e Chiese nella concezione di Luigi Luzzatti,* in Pier Luigi Ballini- Paolo Pecorari (a cura di), *Luigi Luzzatti Presidente del Consiglio*, Istituto di Scienze, Lettere ed Arti, Venezia, 2013.

nella libertà. Scritti scelti su libertà religiosa e relazioni tra Stato e Chiesa[14].

Il Luzzatti attraversò tutto il tragitto dell'Italia liberale e, proclamando le religioni libere in uno Stato sovrano, auspicò il ritorno al separatismo cavouriano, rispetto alle posizioni di neo giurisdizionalismo, proprie della maggioranza degli esponenti di primo piano della Destra storica. Inoltre vide sia nel clericalismo che nell'anticlericalismo l'origine dello stesso male: l'intolleranza religiosa, proponendo l'equiparazione nei diritti e nei doveri di tutte le organizzazioni confessionali presenti in Italia, senza per questo auspicare un ridimensionamento della religione cattolica.

Quasi una eco di questo pensiero si può trovare nelle parole pronunciate da Giovanni Giolitti il 27 febbraio 1908 alla Camera dei deputati, quando affermò che «l'italiano considera tanto il clericale quanto l'anticlericale come nemici della sua pace, nemici del paese… Al di sopra dei clericali, degli anticlericali, dei liberali sta lo Stato, cioè l'autorità suprema in tutti i rapporti della vita politica e della vita civile, perché nessuna autorità può stare al di sopra dello Stato. Questo è il fondamento del nostro diritto pubblico».

Nello svolgimento di tale percorso di pensiero il Luzzatti compie una analisi comparata che comprende i seguenti temi: la Francia, Dio e le democrazie; l'animo religioso della Germania; il sublime affanno per la verità nel popolo di Scozia; la libertà religiosa nel paese di Galles; l'intervento dello Stato nella dottrina della Chiesa anglicana; i Turchi salvatori di antiche sette cristiane; l'intransigenza religiosa negli Stati Uniti; il Belgio; l'Italia.

Altra figura di presidente del Consiglio, che resse l'esecutivo durante la prima guerra mondiale, interpretando posizioni meritevoli di nota, fu quella di Paolo Boselli (1838-1932), studioso eclettico e uomo politico esempio di longevità parlamentare. Egli si trovò a votare a favore della Legge delle Guarentigie nel 1871 alla Camera e nel 1929 fu relatore in Senato dei Patti del Laterano, motivando che ciò non era dovuto al fatto di aver cambiato opinione, bensì affermando che le Guarentigie furono una legge importante in relazione ai tempi ma ancora imperfetta e che i Patti del Laterano, completando il Risorgimento[15], non fecero altro che rispondere a quella visione di Cavour di andare a Roma, d'accordo con il Papa e con la Chiesa.

Se Boselli fu prevalentemente un politico, negli anni tra Otto e Novecento ci furono anche diversi studiosi che segnarono con il loro pensiero la cultura

---

[14] Cfr. Luigi Luzzatti, *Dio nella libertà*, in Laura De Gregorio (a cura di), *Scritti scelti su libertà religiosa e relazioni tra Stato e Chiesa,* Libellula Edizioni, Tricase, s.d.

[15] Giovanni B. Varnier, *La religione della patria. Paolo Boselli dalla legge delle Guarentigie ai Patti lateranensi,* in Gustavo Pansini (a cura di), *Studi in memoria di Italo Mancini*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1999, pp. 609-619.

giuridica dell'Italia unitaria. In questa rilettura ritengo che sia opportuno operare un richiamo anche ad Emilio Crosa (1885-1962), allievo di Francesco Ruffini e poi cattedratico di diritto costituzionale nell'Università di Torino[16].

Nel 1907 il Crosa pubblicò, presso i Fratelli Bocca, una monografia dal titolo: *Le guarentigie costituzionali della libertà religiosa*, ricordando che nel passato la religione fu come un vero e proprio istituto nazionale, per cui le funzioni del sacerdote erano funzioni politiche, lo *jus sacrum* parte dello *jus publicum* e offendere gli dei patrii era ritenuto sacrilegio e tradimento della patria. In seguito a questo la religione, svolgendo una funzione essenzialmente politica, deve piegarsi alle esigenze della politica, aggiungendo che la tolleranza non è libertà religiosa[17] e ancora che: «La libertà religiosa racchiude implicitamente il pensiero. Nella loro unione si contengono i vari diritti dell'uomo e si racchiudono le sue aspirazioni alla completa e piena libertà»[18].

In relazione all'esercizio della libertà religiosa, si afferma che «L'autogoverno del popolo degli Stati Uniti che rappresenta oggi teoricamente la forma più pura della democrazia deve l'origine sua al profondo sentimento della libertà di coscienza, della libertà dell'uomo»[19].

«La legislazione dello Stato nel campo del diritto privato e pubblico dovrà ispirarsi ai principi di diritto naturale, e si svolgerà indipendentemente dalle chiese e dalle confessioni, sarà obbiettivo nella valutazione dei doveri e dei diritti in quanto si manifestano nella società.

Lo Stato trovandosi di fronte più culti costituiti riterrà tutti pari nei doveri e nei diritti, applicando e assoggettandoli al diritto comune»[20]. Aggiungendo che «Riguardo quindi alla libertà di culto, può dirsi che in Italia si ha libertà piena, consacrata nelle leggi e più nel costume che si rivelò anche migliore, libertà che si svolse armonicamente seguendo lo sviluppo morale della nazione»[21].

Questo perché dal 1848 «all'odierna concezione della libertà religiosa s'è compiuto un gran cammino attraverso a molteplici leggi che sviluppano l'idea prima e l'accordano alle nuove condizioni richieste dal progresso, dal cam-

---

[16] Cfr. Fulvio Lancester, *Crosa, Emilio,* in *Dizionario biografico dei Giuristi italiani (XII-XX secolo)*, diretto da Italo Birocchi, Ennio Cortese, Antonello Mattone, Marco Nicola Miletti, vol. I, Il Mulino, Bologna, 2013, pp. 614-615.

[17] Cfr. Emilio Crosa, *Le guarentigie costituzionali della libertà religiosa*, Fratelli Bocca, Torino, 1907.

[18] *Ivi*, p.20.

[19] *Ivi*, p. 22.

[20] *Ivi*, p. 23.

[21] *Ivi*, p. 77.

mino glorioso dalla servitù alla libertà, dall'affermazione dello Stato libero e unito, dal risorgimento economico»[22].

Tale adattamento avviene anche se l'art. 1° dello Statuto «nella lettera e nello spirito non comprende la libertà religiosa. È un compromesso tra la coscienza timorata e pavida e la necessità urgente dei tempi, rivela la difficoltà che ogni legislatore provava nell'enunciare una libertà contraria alle tradizioni politiche di troppi anni; è pure incerto nell'espressione e deve a questa stessa incertezza la meravigliosa fioritura d'interpretazioni diverse»[23]. E ancora si ricorda «come fu concepito, come fu espresso e come fu applicato non determinava la libertà religiosa; benché le leggi che l'accompagnavano e furono sancite in quel periodo, chiarissero di già una tendenza diversa e rendessero le restrizioni contenute quasi nulle»[24].

Quindi vengono richiamati gli ordinamenti costituzionali degli Stati Uniti, Inghilterra, Francia, Germania, Belgio, Olanda, Svizzera, confrontandoli con il caso italiano, il quale – grazie alla flessibilità dello Statuto – «non abroga la legge, ma la viene svolgendola di continuo per modo che risponda alle nuove condizioni sociali da cui è richiesta, conservando e svolgendo senza la precipitazione delle facili imprudenti innovazioni»[25].

Il XX secolo esordisce con il più esteso conflitto tra Stati (non a caso definito mondiale) e il quadro di riferimento muta in profondità e dopo la formazione del diritto pubblico ecclesiastico italiano tra il 1848 e il 1871, la guerra segna il collaudo della legge delle Guarentigie, dimostrandone, tuttavia, l'insufficienza.

Fu proprio la guerra, già dal suo scatenarsi, a cambiare in Italia i rapporti tra Stato e Chiesa, in quanto vide clero e fedeli partecipare allo sforzo militare, determinando la caduta dell'equivoco per cui i cattolici erano ritenuti ostili all'unità nazionale, o, se favorevoli, visti come cattivi credenti. La necessità di porre rimedio alle condizioni di sfavore imposte alla Chiesa, il crescente peso politico dei fedeli e i contatti tra la Santa Sede e governo italiano – che solo apparentemente continuavano ad ignorarsi – spingevano verso un avvicinamento.

Il mutato clima fu avvertito anche dal mondo cattolico e a questo proposito un riferimento può essere fatto agli esiti del I Congresso di Diritto pubblico ecclesiastico, che si svolse a Milano dal 10 al 12 settembre 1906, promosso *dall'Associazione italiana per la tutela degli interessi religiosi* e le cui rela-

---

[22] *Ivi*, p. 74.

[23] *Ivi*, p. 75.

[24] *Ivi*, p. 76.

[25] *Ivi*, p. 74.

zioni e deliberazioni furono pubblicate a Monza, come estratto della rivista *La Scuola cattolica*[26].

L'incontro milanese, che vide «una larga partecipazione di giuristi ispirati a dottrine cristiane negli studi del diritto pubblico ecclesiastico»[27], fu presieduto dall'avvocato Filippo Pacelli e aperto da due relazioni di Anastasio Rossi: *Lo studio sistematico del diritto pubblico ecclesiastico in Italia*[28]; *Indirizzo e caratteri della Legislazione Ecclesiastica in Italia*[29], alle quali fece seguito una specifica trattazione relativa agli enti ecclesiastici di Saverio Fino: *La conversione della rendita degli enti ecclesiastici*[30], mentre Antonio Boggiano prese in esame *La condizione giuridica delle congregazioni religiose in Italia*[31] e Luigi Bazoli svolse il tema de *L'istruzione religiosa nelle scuole*[32].

Dall'insieme degli interventi risulta evidente l'attenzione per l'attualità, con aperture rispetto alla vecchia linea politica del tanto peggio, tanto meglio. In particolare si riconosce che «non essendo possibile prescindere mai dalle leggi è buona cosa apprestare i materiali per correggerle o per elaborarne di buone, ora specialmente che alcuni uomini a noi – o per convinzione o per opportunità – favorevoli sono entrati o stanno per entrare nel parlamento?»[33].

Questo perché: «la legislazione italiana costantemente conserva un carattere giurisdizionalista e competentista, con progresso continuo verso il laicismo (separatismo areligioso o aconfessionista) ed eccezionalmente soltanto *coordinatista*: una legislazione che può paragonarsi a una tela dipinta a colori diversi; ma benché diversi i colori, uno di questi predomina, senza che però si possa dire che la tela sia di questo o piuttosto di quel colore»[34].

In questo spazio il fascismo, affiancandosi alla borghesia, si inserì nella vita del Paese e i suoi primi provvedimenti in materia ecclesiastica vennero incontro ad antiche quanto minute istanze del mondo cattolico, contribuendo a determinare il consenso. Nello stesso tempo, però, tali atti finirono con il rendere evidenti i loro limiti. Per porvi rimedio si ricorse ad un metodo che per qualcuno poteva risultare peggiore del problema da risolvere, ossia il ribalta-

---

[26] *I Congresso di Diritto pubblico ecclesiastico*, promosso *dall'Associazione italiana per la tutela degli interessi religiosi*, in *La Scuola cattolica,* Tip. Artigianelli, Monza, 1906.

[27] *Ivi,* p. 5.

[28] *Ivi*, pp. 9-24.

[29] *Ivi*, pp. 25-46.

[30] *Ivi*, pp. 47-64.

[31] *Ivi*, pp. 65-80.

[32] *Ivi*, pp. 81-84.

[33] *Ivi*, p. 6.

[34] *Ivi*, pp. 31.

mento di tutta la legislazione precedente, che – anche come conseguenza della grande guerra – favorì il raggiungimento di un accordo.

Determinante nell'interpretazione del Concordato fu la persistenza dello spirito del Risorgimento, che portò a considerare le Guarentigie come un monumento di sapienza e a ricercare le costanti della politica e della legislazione ecclesiastica italiana risalendo tranquillamente come ad un precedente al Capitolato del conte di Cavour. Da un lato vi erano uomini come Antonio Salandra, che leggono il fascismo alla luce della tradizione del liberalismo risorgimentale, opponendosi quindi alla visione del regime quale rivoluzione; dall'altra trovava sostegno la tesi di chi interpretava il nuovo proprio come rivoluzione, tale da rompere con il passato liberale anche nei rapporti con la Chiesa cattolica.

Fondamentalmente, la dottrina italiana si coagula nella sua visione concordataria attorno a due linee di pensiero: una ne accentua la continuità, l'altra le svolte o addirittura le fratture. Si tratta, in primo luogo, di scindere le discussioni sullo strumento concordatario – che trovò anche nelle fila del fascismo oppositori del peso di Giovanni Gentile – dal dibattito sul Concordato italiano e sulla sua revisione[35].

Come esempio di queste diversità di pensiero, ricordo ancora Stefano Jacini (1886-1952)[36] nel volume: *La crisi religiosa del Risorgimento. La politica ecclesiastica italiana da Villafranca a Porta Pia*[37], pubblicato nella *Biblioteca di cultura moderna* dell'editore Laterza.

Partendo dall'affermazione che l'idea religiosa pervase in profondità gli uomini del Risorgimento, che dovettero lottare contemporaneamente contro l'oppressione straniera; contro l'oppressione retriva e contro l'ingerenza della Chiesa nel potere civile[38], l'oggetto dell'analisi di Stefano Jacini è l'incidenza del fattore religioso nel Risorgimento, considerato attraverso l'analisi di diversi protagonisti. Incontriamo così la politica di Camillo Cavour "libera Chiesa in libero Stato"[39], per poi passare ai caratteri del governo dei cavouriani Marco Minghetti[40] e Alfonso La Marmora[41].

---

[35] Cfr. Pietro Scoppola, *La Chiesa e il fascismo. Documenti e interpretazioni*, Laterza, Bari, 1971.

[36] Sul pensiero dello Jacini, si veda anche il recente volume di Federico Mazzei, *Cattolicesimo liberale e "religione della libertà". Stefano Jacini di fronte a Benedetto Croce*, Studium, Roma, 2016.

[37] Stefano Jacini, *La crisi religiosa del Risorgimento. La politica ecclesiastica italiana da Villafranca a Porta Pia*, Laterza, Bari, 1938.

[38] *Ivi*, p. 8.

[39] *Ivi*, pp. 21-81.

[40] *Ivi*, pp. 82-101.

[41] *Ivi*, pp. 102-139.

Diversa fu la visione di Bettino Ricasoli[42], secondo il quale «la libertà applicata alla chiesa deve ormai porre termine alla lotta, alle concessioni, ai concordati»[43].

Concepita a questo modo «la libertà della chiesa diventa un diritto, un diritto che dirò naturale e comune, un diritto che la legge non deve concedere, ma semplicemente dichiarare»[44].

Sono analizzate le visioni di quella politica "eversiva", che fu espressa da Urbano Rattazzi[45], la linea di conservazione e di attesa di Luigi Federico Menabrea[46] per giungere alla presa di Roma da parte del governo presieduto da Giovanni Lanza[47].

Con un salto generazionale arriviamo al 1948, quando, l'affermazione della Repubblica fu l'occasione rileggere (nel contesto del primo centenario) l'inizio del processo risorgimentale, legandone le vicende alla Resistenza, intesa come secondo Risorgimento d'Italia e alla Costituzione da poco entrata in vigore. Intanto Andrea Piola nel 1931 aveva pubblicato la sua ricerca sulla questione romana dal Risorgimento alla Conciliazione[48], a cui fece seguito (dopo l'approvazione dell'articolo 7 della Costituzione) la monografia di Vincenzo Del Giudice[49].

Un richiamo che valga per tutti è quello ad Aldo Checchini[50], che espresse il suo pensiero in una conferenza tenuta all'Università di Padova il 5 maggio 1948 per celebrare il centenario del '48[51], poi ripreso in volume, esamina i rapporti tra Stato e Chiesa dallo Statuto Albertino alla Costituzione repubblicana. Si tratta di una analisi di ampio spettro, in cui si afferma che solo dall'indagine storica «si può trarre la sicura conclusione che, come nella valutazione dell'aspetto politico del problema attinenti a codesti rapporti (relazioni fra lo

---

[42] *Ivi*, pp.140-210.

[43] *Ivi*, p. 187.

[44] *Ibidem*

[45] *Ivi*, pp. 211-262.

[46] *Ivi*, pp. 263-300.

[47] *Ivi*, pp. 301-365.

[48] Andrea Piola, *La Questione romana nella storia e nel diritto. Da Cavour al Trattato del Laterano*. Ristampa edizione del 1931, Giuffrè, Milano, 1969.

[49] Vincenzo Del Giudice, *La Questione romana e i rapporti tra Stato e Chiesa fino alla Conciliazione,* Edizioni dell'Ateneo, Roma, 1947.

[50] In proposito si veda: Paolo NARDI, *Checchini, Aldo,* in *Dizionario biografico dei Giuristi italiani (XII-XX secolo)*, vol. I, cit., pp. 517-518.

[51] Il testo fu poi ripreso nel volume: *Nel centenario del Quarantotto,* Tipografia del Seminario, Padova, 1949 e pubblicata anche in Aldo Checchini, *Scritti giuridici e storico-giuridici*, vol. III, Cedam, Padova, 1958, pp. 184 e sgg.

Stato e la religione) così in quella dell'aspetto giuridico del problema stesso (relazioni fra le due istituzioni e i rispettivi ordinamenti), il nuovo Risorgimento italiano si ricollega strettamente al primo, lo completa e lo conclude»[52], realizzando pienamente quello che fu il disegno di Cavour[53].

Inoltre partendo dal presupposto dell'«impossibilità di realizzare una netta e definitiva delimitazione della reciproca sfera di competenze»[54] tra la società civile e quella religiosa, si riconosce che non si può non giungere ad un accordo come quello che fu stipulato nel 1929. I Patti lateranensi non furono travolti dal crollo del regime perché non furono considerati come un «episodio fascista» ma come un «avvenimento nazionale»[55].

La Costituzione italiana da un lato «riafferma e consacra il principio della libertà religiosa» e attraverso il richiamo contenuto nell'art.7, «riafferma il carattere di Stato cattolico proprio dello Stato italiano»[56], aggiungendo che la laicità dello Stato non «dovrebbe considerarsi presupposto e condizione imprescindibile per la realizzazione della libertà religiosa»[57].

Spetterà infine ad Arturo Carlo Jemolo giungere alla sistemazione della nostra storia dei rapporti tra Stato e Chiesa[58], con quelle analitiche pagine, che tutti abbiamo letto.

---

[52] Aldo Checchini, *Nel centenario del Quarantotto*, cit., p. 207.

[53] *Ivi*, p. 213.

[54] *Ivi*, p. 185.

[55] *Ivi*, p. 193.

[56] *Ivi*, p. 194.

[57] *Ivi*, p. 196

[58] Cfr. Arturo Carlo Jemolo, *Chiesa e Stato in Italia negli ultimi cento anni,* Einaudi, Torino, 1949.

Riassunto

Questo articolo prende in esame il modo in cui nel c.d. Stato liberale ebbe ad articolarsi il rapporto tra una impostazione teorica della libertà religiosa e la sua realizzazione pratica. Ciò perché, se si limita l'esame alla sola entità normativa, significa precludere la possibilità di verificare la portata di un provvedimento e trascurarne l'incidenza in uno specifico contesto sociale.

A tal fine viene richiamato il pensiero di alcuni autori dell'Ottocento, fino ad ora poco noti o solo parzialmente considerati.

Parole chiave

Manifestazione della libertà religiosa; teoria e prassi; XIX secolo

Abstract

This article examines the way in which the so-called liberal state had to articulate the relationship between a theoretical approach of religious freedom and its practical realization. This is because, limiting the examination to the regulatory entity only, means precluding the possibility of verifying the scope of a measure and neglecting its impact in a specific social context.

To this end, the thoughts of some nineteenth-century authors, hitherto little known or only partially considered, are recalled.

Key words

Demonstration of religious freedom, theory and practice, nineteenth century.

A trent'anni dalla Convenzione sui diritti dell'Infanzia e dell'Adolescenza. Libertà religiosa, educazione e superiore interesse del minore

Michele Corleto

Sommario: 1. *Introduzione e piano dell'indagine – 2. La cornice normativa ed istituzionale del diritto internazionale ai fini del riconoscimento del diritto di libertà religiosa del minore – 3. L'educazione come strumento di libertà religiosa e di acquisizione dell'autodeterminazione responsabile nel superiore interesse del minore. I modelli giuridici degli ordinamenti occidentali – 4. L'educazione del minore islamico – 4.1 L'educazione del minore secondo il Diritto islamico – 4.2 L'educazione del minore secondo le norme convenzionali intra-islamiche – 4.3 Cenni su alcune problematiche riguardanti l'educazione del minore musulmano in Italia – 5. Le soluzioni giurisprudenziali delle Corte di Strasburgo a supporto del primario interesse del minore in materia di esercizio della libertà religiosa – 6. Conclusioni*

1. Introduzione e piano dell'indagine

Trent'anni fa cadeva il muro di Berlino, finiva a livello globale l'*apartheid*, veniva approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite la Convenzione sui diritti dell'Infanzia e dell'Adolescenza[1] (*Convention on the Rights of the Child*, d'ora in avanti nell'acronimo inglese CRC). Era il 20 novembre 1989: iniziava così il processo di ratifica dei diritti del minore, un percorso di tutele tuttora in evoluzione, minacciato da ostacoli significativi quali la povertà, la disuguaglianza, la discriminazione, i conflitti armati e le violenze, il degrado ambientale[2]. Non a caso dopo l'adozione della Convenzione, l'As-

[1] La Convenzione è stata ratificata e resa esecutiva nell'ordinamento italiano dalla Legge n. 176 del 1991. Cfr. Laura Forlati, *Libertà del minore e famiglia negli atti internazionali sui diritti dell'uomo*, in Antonio De Cristofaro, Andrea Belvedere (a cura di), *L'autonomia dei minori tra famiglia e società*, Giuffrè, Milano, 1980; si v. anche Massimo Dogliotti, *I diritti del minore e la Convenzione dell'ONU*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, XXI, 1992, p. 301 ss.

[2] Vedi la lettera aperta alle bambine e ai bambini di tutto il mondo «*Otto motivi per cui sono preoccupata, ma anche ottimista per la prossima generazione*» del Direttore generale dell'UNICEF,

semblea Generale delle Nazioni Unite ha adottato dal 2000 ben tre Protocolli opzionali[3] ed è stato istituito il Comitato ONU4 al fine di dettare misure generali di attuazione della CRC[5]. Si è realizzata così una interpretazione progressiva della stessa, principalmente attraverso meccanismi di controllo[6], tali da approfondire ed arricchire la portata delle singole norme, ampliando in modo sempre più capillare la loro incidenza in relazione ai singoli temi.

Nonostante la CRC sia, fra gli accordi adottati nel quadro delle Nazioni Unite in materia di diritti umani, lo strumento che vanta il maggior numero di

---

Henrietta Fore, in occasione del trentesimo anniversario della Convenzione sui diritti dell'infanzia.

[3] Alla Convenzione sui diritti dell'infanzia si affiancano tre Protocolli facoltativi approvati dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 2000 e nel 2011. I primi due Protocolli sono stati ratificati dall'Italia con legge 11 marzo 2002, n. 46: «Ratifica ed esecuzione dei protocolli opzionali alla Convenzione dei diritti del fanciullo, concernenti rispettivamente la vendita dei bambini, la prostituzione dei bambini e la pornografia rappresentante bambini ed il coinvolgimento dei bambini nei conflitti armati, fatti a New York il 6 settembre 2000», in G.U. 2 aprile 2002, n. 77. Il terzo Protocollo opzionale sulla procedura di reclamo, è stato sottoscritto nel novembre 2011 ed è entrato in vigore nell'aprile 2014, quale strumento giuridico che disciplina le modalità di ricorso, individuale o di gruppo, da parte di bambini e adolescenti vittime di violazioni dei propri diritti così come sanciti dalla Convenzione sui diritti dell'Infanzia e dell'Adolescenza.

[4] Il Comitato ONU sui Diritti dell'Infanzia e dell'Adolescenza si colloca all'interno dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Diritti Umani (UNHCHR) ed ha il compito di monitorare i progressi compiuti dagli Stati parte nell'attuazione dei principi della CRC, evidenziando gli eventuali problemi o lacune ed individuando le misure da adottare. Il Comitato ONU è considerato la fonte internazionale più autorevole per quanto concerne l'interpretazione della Convenzione.

[5] Comitato ONU sui diritti dell'Infanzia e dell'Adolescenza, *General Comment n. 5*, *Misure generali di attuazione della Convenzione sui diritti dell'infanzia*, punti 40 e 41: «[…] il decentramento del potere, attraverso la devoluzione e la delega del Governo, non riduce in alcun modo la responsabilità diretta del Governo dello Stato parte di adempiere ai propri obblighi verso tutti i bambini entro la propria giurisdizione, indipendentemente dalla struttura dello Stato"; e a seguire […] lo Stato che ratifica […] la Convenzione rimane responsabile di garantire la totale attuazione della Convenzione nei territori entro la propria giurisdizione. In qualsiasi processo di devoluzione, gli Stati parte devono garantire che le autorità locali abbiano le risorse finanziarie, umane e di altro tipo necessarie per adempiere efficacemente alle responsabilità di attuazione della Convenzione».

[6] V. art. 44.1. della CRC: «Gli Stati parti si impegnano a sottoporre al Comitato, tramite il Segretario generale dell'Organizzazione delle Nazioni Unite, rapporti sui provvedimenti che essi avranno adottato per dare effetto ai diritti riconosciuti nella presente Convenzione e sui progressi realizzati per il godimento di tali diritti: a) entro due anni a decorrere dalla data dell'entrata in vigore della presente Convenzione per gli Stati parti interessati; b) in seguito, ogni cinque anni. 2. I rapporti compilati in applicazione del presente articolo debbono se del caso indicare i fattori e le difficoltà che impediscono agli Stati parti di adempiere agli obblighi previsti nella presente Convenzione. Essi debbono altresì contenere informazioni sufficienti a fornire al Comitato una comprensione dettagliata dell'applicazione della Convenzione nel paese in esame. 3. Gli Stati parti che hanno presentato al Comitato un rapporto iniziale completo non sono tenuti a ripetere nei rapporti che sottoporranno successivamente in conformità con il capoverso b) del par. 1 del presente articolo le informazioni di base in precedenza fornite. 4. Il Comitato può chiedere agli Stati parti ogni informazione complementare relativa all'applicazione della Convenzione. 5. Il Comitato sottopone ogni due anni all'Assemblea generale, tramite il Consiglio Economico e Sociale, un rapporto sulle attività del Comitato. 6. Gli Stati parti fanno in modo che i loro rapporti abbiano una vasta diffusione nei loro paesi».

ratifiche[7], molto resta ancora da fare.

Tra i più marginalizzati ci sono i bambini che rimangono al di fuori del sistema scolastico, minori con disabilità, bambini che vivono in strada, che appartengono a minoranze etniche e religiose. Sono minori migranti, rifugiati che provengono e ancora vivono in aree interessate da conflitti armati o disastri naturali.

I principi guida della CRC hanno trovato nella pratica attuazione il condizionamento dei contesti geografici e culturali, in cui la religione acquista sempre più rilevanza sociale ed identitaria. Essa influisce certo sulle scelte di politica internazionale come la pace e l'integrazione tra i popoli nel rispetto dei diritti umani, ma catalizza anche divisioni e conflitti. Oggi lo "scontro tra religioni" è il terreno di coltura di episodi di discriminazioni, intolleranze e violenze basate sul credo religioso." Alimentati dalla diffusione dei fondamentalismi, dal terrorismo internazionale di matrice islamica e dall'incremento dei flussi migratori, questi fenomeni si innestano in una situazione di cronica debolezza della libertà religiosa, che, pur costituendo insieme alla libertà di pensiero e di coscienza una tra le prime libertà civili ad essere stata riconosciuta a livello internazionale[8], ha da sempre incontrato enormi ostacoli nella sua concreta realizzazione."

Alla luce di queste considerazioni, muovendo dalle tappe evolutive, nel diritto internazionale, del riconoscimento al minore, in quanto persona, della libertà religiosa, proveremo a delineare il progressivo spostamento dell'accento, nella normativa internazionale, sul superiore interesse del minore quale limite e finalità della sinergia genitori-pubblici poteri nel processo educativo, di fatto comprensivo del sentimento religioso.

Un'analisi specifica sarà dedicata all'educazione del minore islamico che non potrà prescindere da un breve accenno alle problematiche aperte dalla forte presenza di minori di religione musulmana nei nostri contesti di vita, terra d'approdo dei movimenti migratori. Trattare dell'educazione del minore musulmano significa addentrarsi nell'analisi tanto delle norme del diritto islamico classico quanto di quelle del diritto positivo emanate dalle Convenzioni internazionali intra-islamiche che hanno legiferato specificamente sulla materia.

Completeremo la riflessione esaminando le soluzioni giurisprudenziali

---

[7] Sono 194 gli Stati che hanno ratificato la CRC, un dato sicuramente significativo, se comparato ad altri accordi di rilievo internazionale.

[8] La *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, siglata a Roma del 1950, all'art. 9, tutela l'inderogabile diritto dell'individuo alla libertà di pensiero, coscienza e religione.

della Corte di Strasburgo a supporto del primario interesse del minore, nonché due pronunce significative della nostra Corte costituzionale convergenti con le fonti sovranazionali, a testimonianza della vincolatività e "giustiziabilità" della tutela multilivello del *best interest of child*.

Molto resta però da fare per la piena attuazione della CRC data la scarsa effettività degli strumenti operativi.

2. La cornice normativa ed istituzionale del diritto internazionale ai fini del riconoscimento del diritto di libertà religiosa del minore

Gli atti internazionali riconoscono a qualsiasi persona il diritto al rispetto della libertà religiosa, come di non averne alcuna[9]. Alla Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948, un testo, come è noto, non a carattere vincolante per la sua natura di *soft law*, si fa risalire la prima disciplina[10] della libertà religiosa sul piano dei rapporti internazionali[11]. In un secondo momento la *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* sancisce all'art. 9 che: "ogni persona ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione; tale diritto include la libertà di cambiare religione 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 dei riti"[12].

---

[9] V. Fausto Pocar, *La libertà di religione nel sistema normativo delle Nazioni Unite;* Claudia Morviducci, *La protezione della libertà religiosa nel sistema del Consiglio d'Europa,* entrambi in Silvio Ferrari, Tullio Scovazzi (a cura di), *La tutela della libertà di religione. Ordinamento internazionale e normative confessionali*, Cedam, Padova, 1988, p. 27 ss.; p. 41 ss.; Carolyn Evans, *Freedom of Religion under the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2001; Benedetto Conforti, *La tutela internazionale della libertà religiosa*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 2002, p. 269 ss.; Mario. Tedeschi, *I problemi attuali della libertà religiosa*, in *Studi di diritto ecclesiastico*, Seconda edizione, Jovene, Napoli, 2004, p. 151; Marco Pertile, *Libertà di pensiero, di coscienza e di religione*, in Laura Pineschi (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2006, p. 409 ss.; da ultimo si v. Maria Irene Papa, *La tutela della libertà religiosa nel sistema delle Nazioni Unite: quadro normativo e meccanismi di controllo,* in Maria Irene Papa, Giuseppe Pascal, Mario Gervasi (a cura di), *Tutela internazionale della libertà religiosa: problemi e prospettive*, Jovene, Napoli, 2019, p. 3 ss.

[10] Art. 18 della *Dichiarazione universale dei diritti umani*: «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».

[11] Si v. Maria Irene Papa, *op. cit.*, p. 8.

[12] V. Sergio Lariccia, *Art. 9. Libertà di pensiero, di coscienza e di religione*, in Sergio Bartole, Benedetto Conforti, Guido Raimondi (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Cedam, Padova, 2001, p. 319 ss.; Jean-François Renucci, *L'article 9 de la Convention*

Siamo nel momento storico in cui la coscienza umana, gravemente offesa dagli atti di barbarie e di sterminio condannati dal processo di Norimberga, "si rivolta" ed impone, a livello internazionale, il divieto di discriminazione fondata sul sesso, origini etniche, colore della pelle, opinioni politiche e/o diversità culturale, sociale e linguistica, convinzioni religiose e condizioni personali.

La tutela della libertà religiosa in particolare, proprio perché il sentimento religioso è una dimensione costitutiva dell'uomo connessa al riconoscimento della dignità umana[13], viene riaffermata nel *Patto sui diritti civili e politici del cittadino* del 1966[14] ed in altri trattati e Dichiarazioni delle Nazioni Unite, come nella *Convenzione per la prevenzione e repressione del crimine di genocidio* del 1948[15]; la *Convenzione* UNESCO *contro la discriminazione nell'educazione* del 1960[16]; la *Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale* del 1965; la *Convenzione di Ginevra sullo statuto dei rifugiati* del 28 luglio 1951[17], la *Convenzione sullo status degli apolidi* del

---

européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, *(Coll.) Dossiers sur les droits de l'homme n° 20*, Strasbourg, 2004; Andrea Guazzarotti, *Art. 9. Libertà di pensiero, di coscienza e di religione*, in Sergio Bartole, Pasquale De Sena, Vladimiro Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2012, p. 370 ss.;

[13] Corte Europea dei Diritti Umani, *Otto-Preminger-Institut c. Austria*, ricorso n. 13470/87, sentenza del 20 settembre 1994.

[14] «[…] This right shall include freedom to have or to adopt a religion or belief of his choice, and freedom, either individually or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief in worship, observance, practice and teaching. […] 4. The States Parties to the present Covenant undertake to have respect for the liberty of parents and, when applicable, legal guardians to ensure the religious and moral education of their children in conformity with their own convictions».

[15] L'art. 2 della *Convenzione per la prevenzione e repressione del crimine di genocidio* qualifica come "genocidio" una serie di atti ivi elencati, qualora questi siano commessi con l'intenzione di distruggere, in tutto o in parte, un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso.

[16] La *Convenzione UNESCO contro la discriminazione nell'educazione* (adottata dalla Conferenza generale dell'Organizzazione il 14 dicembre 1960 ed entrata in vigore il 22 maggio 1962), oltre a proibire la discriminazione per motivi religioni (art. 1, par. 1), riconosce, all'art. 5, par. 1, lett. b), il diritto dei genitori di «ensure in a manner consistent with the procedures followed in the State for the application of its legislation, the religious and moral education of the children in conformity with their own convictions», specificando in aggiunta che «no person or group of persons should be compelled to receive religious instruction in- consistent with his or their conviction».

[17] Si v. art. 4 *della Convenzione di Ginevra in tema di religione*, stabilisce che «gli Stati contraenti devono concedere ai rifugiati sul loro territorio un trattamento almeno pari a quello concesso ai propri cittadini circa la libertà di praticare la loro religione e la libertà d'istruzione religiosa dei loro figli»; ed inoltre, all' art. 33 par. 1, individua un divieto d'espulsione e di rinvio al confine poiché «nessuno Stato contraente espellerà o respingerà, in qualsiasi modo, un rifugiato verso i confini di territori in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a motivo della sua razza, della sua religione, della sua cittadinanza, della sua appartenenza a un gruppo sociale o delle sue opinioni politiche».

28 settembre 1954[18], la *Convenzione sui diritti dei lavoratori migranti e delle loro famiglie* del dicembre 1990[19], la *Dichiarazione sui diritti delle persone appartenenti alle minoranze etniche, religiose e linguistiche*[20].

È la dimostrazione di come il credo religioso venisse utilizzato per giustificare persecuzioni di soggetti fragili, o per compiere azioni criminose fino al genocidio. Includere la libertà religiosa tra i diritti umani da tutelare non è stato facile da concordare, come hanno reso evidente i *travaux préparatoires* relativi all'*iter* redazionale dell'articolo 9 della CEDU[21] e la circostanza che a tutt'oggi siano falliti i tentativi dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite di stipulare un trattato specificamente dedicato ai diritti religiosi[22].

Solo nel 1981 l'Assemblea approverà *per consensus* la Dichiarazione sull'eliminazione di tutte le forme di intolleranza e discriminazione fondata sulla religione o sul credo. Si tratta, comunque, di una dichiarazione che ha natura di *soft law* dal mero valore esortativo ma, ad oggi, è "l'unico strumento" a livello universale con un *focus* specifico sui diritti religiosi.

Nel generale presupposto del rispetto della dignità umana e dei principi di libertà e di uguaglianza applicabili a chiunque non è ammissibile la suddivisione degli individui in base alle condizioni fisiche, opinioni personali, origini razziali e, finanche in fasce d'età[23]. Negli anni che separano la CEDU dalla CRC sì è andata delineando la necessità di un quadro generale di protezione dell'infanzia e della condizione minorile. Dottrina e giurisprudenza hanno sempre più considerato il minore un soggetto di diritto rivalutandone la qualità

---

[18] La *Convenzione relativa allo* status *degli apolidi* entrata in vigore il 6 giugno 1960 stabilisce all'art. 3, il divieto di discriminazione per motivi religiosi, prevede, all'art. 4, un obbligo di contenuto analogo alla corrispondente disposizione della Convenzione sullo *status* dei rifugiati.

[19] La *Convenzione sui diritti dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie*, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 18 dicembre 1990 ed entrata in vigore il 1° luglio 2003) riproduce, all'art. 12, il contenuto dell'art. 18 del *Patto sui diritti civili e politici*, riferendolo specificamente ai lavoratori migranti e ai membri delle loro famiglie.

[20] Si v. la *Dichiarazione sui diritti delle persone appartenenti alle minoranze nazionali o etniche, religiose e linguistiche*, risoluzione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite n. 47/135 del 18 dicembre 1992.

[21] Per un quadro di sintesi, v. Consiglio d'Europa, Segretariato della Commissione europea dei diritti dell'uomo, *Preparatory Work on Article 9 of the European Convention on Human Rights – Information Document*, Doc. n. DH (56) 14 del 16 agosto 1956, reperibile sul sito: *www.coe.int*. In tal senso sull'iter redazionale che ha condotto alla formulazione finale dell'art. 9 della CEDU si vedano, più ampiamente, Carolyn Evans, *Freedom of Religion Under the European Convention on Human Rights*, cit., p. 38 ss. ed ancora p. 176-177; Paul Taylor, *Freedom of Religion. UN and European Human Rights Law and Practice*, Cambridge, 2005, p. 7 ss..

[22] Sulle motivazioni del fallimento si veda l'ampia analisi di Maria Irene Papa, *op. cit.*, pp.18-25.

[23] Art. 19 Cost.: «Tutti hanno diritto di professare liberamente la propria fede religiosa in qualsiasi forma, individuale o associata, di farne propaganda e di esercitarne in privato o in pubblico il culto, purché non si tratti di riti contrari al buon costume».

di "persona "cui, nel percorso di crescita, vanno assicurati e riconosciuti spazi di libertà. Ed il diritto di religione si inquadra a ragione all'interno dei diritti di libertà.

L'art. 9 della CEDU diviene prodromico all'articolo 14 della Convenzione sui diritti dell'Infanzia dell'Adolescenza, stabilendo che: «1. States Parties shall respect the right of the child to freedom of thought, conscience and religion. 2. States Parties shall respect the rights and duties of the parents and, when applicable, legal guardians, to provide direction to the child in the exercise of his or her right in a manner consistent with the evolving capacities of the child. 3. Freedom to manifest one's religion or beliefs may be subject only to such limitations as are prescribed by law and are necessary to protect public safety, order, health or morals, or the fundamental rights and freedoms of others».

La CRC, un *corpus* legislativo composto da 54 articoli, rappresenta il più organico tentativo di realizzare la tutela dei diritti umani con riferimento alla condizione dei minori[24]. Essa affianca ai diritti universalmente riconosciuti quali il diritto al nome[25] (art. 7) , alla sopravvivenza[26] (art.6), alla salute[27] (art. 3 par.2), all'istruzione[28] (art.9), una serie di diritti di nuova generazione, come il diritto all'identità del bambino[29] (art.8), il rispetto della sua dignità e della sua libertà di espressione[30] (artt. 13,23 e 28), così com'è chiara nel sancire i

---

[24] V. Carlo Cardia, *Genesi dei diritti umani*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 179 ss.

[25] CRC ex art. 7 «1. Il fanciullo è registrato immediatamente al momento della sua nascita e da allora ha diritto a un nome, ad acquisire una cittadinanza e, nella misura del possibile, a conoscere i suoi genitori e a essere allevato da essi».

[26] CRC ex art. 6: «1. Gli Stati parti riconoscono che ogni fanciullo ha un diritto inerente alla vita. 2. Gli Stati parti assicurano in tutta la misura del possibile la sopravvivenza e lo sviluppo del fanciullo».

[27] CRC ex art. 3, par.2: «[…] Gli Stati parti si impegnano ad assicurare al fanciullo la protezione e le cure necessarie al suo benessere, in considerazione dei diritti e dei doveri dei suoi genitori, dei suoi tutori o di altre persone che hanno la sua responsabilità legale, e a tal fine essi adottano tutti i provvedimenti legislativi e amministrativi appropriati».

[28] CRC ex art. 9: «Con l'informazione mediante ogni mezzo appropriato, l'istruzione e la formazione, gli Stati parti sensibilizzano il pubblico, ivi compresi i bambini, riguardo alle misure atte a prevenire le prassi proscritte dal presente Protocollo e i loro effetti nefasti. Adempiendo ai loro obblighi in forza del presente articolo, gli Stati parti incoraggiano la partecipazione della collettività e in particolare dei bambini e di quelli che ne sono vittime, a tali programmi d'informazione, d'istruzione e di formazione, anche a livello internazionale».

[29] CRC ex art. 8, par.1 e par. 2: «Gli Stati parti si impegnano a rispettare il diritto del fanciullo a preservare la propria identità, ivi compresa la sua nazionalità, il suo nome e le sue relazioni familiari, così come riconosciute dalla legge, senza ingerenze illegali. Se un fanciullo è illegalmente privato degli elementi costitutivi della sua identità o di alcuni di essi, gli Stati parti devono concedergli adeguata assistenza e protezione affinché la sua identità sia ristabilita il più rapidamente possibile».

[30] CRC ex art. 13 par. 1: «Il fanciullo ha diritto alla libertà di espressione. Questo diritto comprende la libertà di ricercare, di ricevere e di divulgare informazioni e idee di ogni specie, indipendentemente dalle frontiere, sotto forma orale, scritta, stampata o artistica, o con ogni altro mezzo a scelta del fanciullo» ;ed ancora con riferimento al minore diversamente abile ex art. 23: «Gli Stati parti rico-

principi cardine della protezione effettiva del fanciullo quale il principio di non discriminazione nell' art. 2 «States Parties undertake to respect the rights stated in this Convention and to guarantee them [...] without distinction of any kind and without regard to the child's or his or her parents' or legal guardians' race, colour, sex, language, religion [...] States Parties shall take all appropriate measures to ensure that the child is effectively protected from all forms of discrimination [...]»; e del superiore interesse nell' art. 3 par. 1 «in all decisions relating to children, whether taken by public or private social welfare institutions, courts, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child must be a permanent consideration»; il diritto alla vita, alla sopravvivenza ed allo sviluppo nell' art. 6: «States Parties recognize that every child has an inherent right to life. States Parties shall ensure as far as possible the survival and development of the child»; ed infine il principio cardine del diritto all'ascolto delle opinioni del minore nell'art. 12: «States Parties shall ensure that a child who is capable of discernment has the right to express freely his or her opinion on any matter which concerns him or her, and that the child's views are duly taken into account, taking into account his or her age and degree of maturity [...]».

Emerge dal quadro normativo della CRC la figura del minore come arbitro del proprio destino, come persona protesa alla ricerca della propria identità, alla costruzione di una sua specifica personalità.

Alla luce di quanto esaminato, occorre ora evidenziare come l'effettivo esercizio e godimento della libertà religiosa, nel caso specifico dei minori, si rifletta nelle esperienze di socializzazione ed ancor più nel loro processo educativo.

3. L'educazione come strumento di libertà religiosa e di acquisizione dell'autodeterminazione responsabile nel superiore interesse del minore. I modelli giuridici degli ordinamenti occidentali

Il diritto alla libertà religiosa e il diritto all'educazione, nella loro stretta correlazione, si iscrivono tra i diritti della personalità. Dobbiamo tener presente, però, che, nel riferirci al minore parliamo di soggetto vulnerabile cui occor-

---

noscono che i fanciulli mentalmente o fisicamente handicappati devono condurre una vita piena e decente, in condizioni che garantiscano la loro dignità, favoriscano la loro autonomia e agevolino una loro attiva partecipazione alla vita della comunità»; infine la dignità del minore tutela il sistema educativo ex art. 28 par. 2: «Gli Stati parti adottano ogni adeguato provvedimento per vigilare affinché la disciplina scolastica sia applicata in maniera compatibile con la dignità del fanciullo in quanto essere umano e in conformità con la presente Convenzione».

re "apprestare una protezione nella protezione", per cui è necessario interpretare "le norme che mettono in relazione il godimento dei diritti del minore e la religione alla luce di principi generali come l'interesse superiore del minore, la non discriminazione e l'ascolto del fanciullo che costituiscono l'architrave intorno a cui ruota la tutela contemporanea dell'infanzia[31].

Premesso che la libertà religiosa sancita nei trattati internazionali è intesa come libertà di aderire a qualsiasi credo o di non averne alcuno, è indubbio che il sentimento religioso, in quanto dimensione costitutiva dell'uomo, orienta la persona a cercare il senso dell'esistenza e l'aiuta nel suo divenire responsabile e consapevole. L'educazione, dal suo canto, è formazione al corretto uso della libertà responsabile ed è il mezzo attraverso cui raggiungere la consapevolezza di sé e del mondo. Essa viene invocata come una risposta efficace, quasi risolutrice di problemi.

Da una compiuta educazione a livello morale e spirituale nasce, infatti, nella persona quel cambiamento interiore necessario per superare ogni forma di discriminazione e di intolleranza, per promuovere un clima di libertà e rispetto. In sintesi, la libertà religiosa costringe l'educazione ad andare al cuore del suo obiettivo: la persona umana e la sua dignità.

Nel processo educativo del minore i genitori assumono un ruolo essenziale[32], anche se non assoluto. Già l'art. 2 del Protocollo addizionale del 1952 stabilisce che «lo Stato, nell'esercizio delle funzioni che assume nel campo dell'educazione e dell'insegnamento, deve rispettare il diritto dei genitori di provvedere a tale educazione e a tale insegnamento secondo le loro convinzioni religiose e filosofiche"[33].

Un diritto, quello dei genitori, assorbito in via prioritaria dallo Stato – partito nelle Costituzioni dei paesi del socialismo reale[34], in linea con la loro storia di regimi totalitari. La libertà religiosa individuale, violata dall'applicazione del principio ideologico bolscevico, lasciava ai genitori il solo compito di allevare i figli affidando, invece, al partito la loro educazione. La stessa Costituzione della Repubblica di Cuba, fondando la sua politica culturale

---

[31] Cfr. Marcella Di Stefano, *Il diritto dei minori alla libertà di religione: "una protezione nella protezione"*, in Maria Irene Papa, Giuseppe Pascal, Mario Gervasi (a cura di), *Tutela internazionale della libertà religiosa: problemi e prospettive*, cit., p. 401 ss.

[32] Per l'esame del rapporto diritti dei genitori-educazione religiosa all'interno delle norme costituzionali si v. Maria Luisa Lo Giacco, *Educazione religiosa e tutela del minore nella famiglia*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*. Rivista telematica *(www.statoechiese.it)*, febbraio 2007, pp.1-8.

[33] *Protocollo addizionale* alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali firmato a Parigi il 20 marzo 1952.

[34] Giovanni Codevilla, *Bolscevismo e famiglia*, in Valentina Frezza (a cura di), *Gli ordinamenti delle confessioni religiose a confronto: la famiglia,* Giappichelli, Torino, 2005, p. 23 ss.

sull'ideale marxista, riserva, nell'art. 39, allo Stato il compito educativo del minore. Notevoli limitazioni vengono previste anche dalla Costituzione della Repubblica popolare cinese del 4 dicembre del 1982, dove si afferma che "l'educazione delle giovani generazioni è compito dello Stato" (art. 46 II co.), il quale "sviluppa l'opera educativa socialista" (art. 19, I co.) e "porta avanti l'educazione al materialismo dialettico e materialismo storico"[35] (art 24, II co.5).

Emblematica è anche la Costituzione della Repubblica democratica popolare della Corea del Nord del 5 settembre 1998, che affida l'educazione dei giovani e dei bambini allo Stato (artt. 44 e 47), il quale «metterà in pratica i principi dell'educazione socialista e farà crescere la nuova generazione affinché sia risolutamente rivoluzionaria e combatta per la società e il popolo, perché crescano nuovi comunisti intelligenti, moralmente e fisicamente sani» (art. 43)[36].

Grazie ai cambiamenti seguiti al 1989 alcuni paesi ex-comunisti come la Polonia[37], la Romania, la Lituania eliminano dalle loro Costituzioni i limiti posti alla libertà di religione che impedivano di fatto la libera educazione religiosa dei bambini e degli adolescenti.

Nella visione costituzionale occidentale, non comunista, la famiglia ha, invece, sempre rappresentato la formazione sociale primaria nella quale il minore forgia ed esprime la propria personalità[38]. Alcune Costituzioni europee attribuiscono esplicitamente ai genitori lo stesso diritto di libertà nella selezione dell'indirizzo educativo dei figli, ma lo disciplinano non nella norma riguardante la libertà religiosa, bensì come estrinsecazione del diritto all'educazione[39].

Il compito di educare i figli alla fede di appartenenza è attribuito ai ge-

---

[35] Cfr. Stefano Testa Bappenheim, *La nuova normativa della Repubblica popolare cinese sulla libertà religiosa*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2006, pp. 391-405.

[36] La Risoluzione del Parlamento Europeo n. 280 del 15 giugno 2006 invita formalmente il governo della Corea del nord al rispetto dei diritti umani denunciando che «la libertà religiosa, per quanto garantita dalla costituzione, è in pratica drasticamente limitata [...]" per le "[...]gravi repressioni di persone dedite ad attività religiose pubbliche e private, sotto forma di detenzioni, torture ed esecuzioni».

[37] Cfr. Michael Pieyrzak , *Chiesa e Stato in Polonia*, in Silvio Ferrari, W. Cole Durham Jr., Elisabeth A. Sewell (a cura di), *Diritto e religione nell'Europa post-comunista*, il Mulino, Bologna, 2004, pp. 287-316,

[38] Con riferimento al sistema educativola Costituzione italiana prevede all'art. 3: «il dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio».

[39] Si v. art. 24 par.1.3 della Costituzione belga del 1970, modificata il 17 febbraio 1994, che indica tra le caratteristiche dell'educazione pubblica la neutralità, che si manifesta nel rispetto delle convinzioni filosofiche, ideologiche o religiose dei genitori e degli alunni; si fa riferimento anche all'art. 27 della Costituzione spagnola del 27 dicembre 1978, riformata il 27 agosto 1992, che al terzo comma afferma il diritto dei genitori ad assicurarsi, nei confronti delle autorità pubbliche, che i loro figli ricevano un'istruzione religiosa e morale conforme alle loro convinzioni.

nitori come dovere primario da tutte le confessioni cristiane che giungono a prevedere, in caso contrario, perfino censure e pene. Cosi nell'ebraismo la fede si trasmette in famiglia ed è ebreo chi nasce da madre ebrea40 nel diritto canonico41. Per le chiese valdesi e metodiste. è convinzione che l'educazione e la formazione religiosa dei fanciulli e della gioventù sono di specifica competenza delle famiglie e delle chiese"[42].

Verificata, dunque, l'evidenza, nelle norme internazionali fino all'89, del diritto dei genitori di educare i figli secondo le proprie credenze, va sottolineata l'assenza di riferimento a che l'educazione corrisponda alle credenze del minore[43], sia nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, che nel Patto sui diritti civili e politici e perfino nella Dichiarazione del novembre 1981 sull'eliminazione di tutte le forme di intolleranza e di discriminazione fondate sulla religione e il credo, che pure contiene una tutela ampia della libertà religiosa. L'articolo 5 riferito ai minori chiarisce inequivocabilmente che "i genitori o, […] i tutori legali di un fanciullo hanno il diritto di organizzare la vita in seno alla famiglia in conformità alla propria religione […]"[44] e che ogni fanciullo […] non dovrà essere costretto a ricevere un'educazione religiosa contraria ai desideri dei suoi genitori e dei suoi tutori legali […]"[45].

Il punto di svolta si ha con la CRC che sancisce una nuova sensibilità verso la tutela giuridica dei minori ed, in particolar modo, dei loro preminenti interessi. L'art. 14 par. 2 della Convenzione formula per la prima volta il diritto-dovere dei genitori in termini di «guida» al fanciullo nell'esercizio del suo diritto ad una crescita intellettiva, sociale e spirituale sana ed armoniosa. Superato l'impianto assistenzialista, la CRC definisce gli standard minimi di protezione dell'infanzia dimostrando di voler assicurare al soggetto in età evolutiva un'efficace tutela da ogni forma di negligenza, malvagità, sfruttamento e discriminazione. Essa

---

[40] Alfredo Mordechai Rabello, *Introduzione al diritto ebraico. Fonti, matrimonio e divorzio, bioetica,* Giappichelli, Torino, 2002, pp. 93-96.

[41] V. in generale, Raffaele Coppola, *La posizione e la tutela del minore dopo il nuovo codice di diritto canonico*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1985, pp. 1047-1056; Pier Antonio Bonnet, *Minore. V) Diritto canonico*, in *Enciclopedia Giuridica*, Istituto dell'Enciclopedia italiana, Roma, 1990; si v. anche Giuseppe Dalla Torre, *Diritto alla vita e diritto dei minori nell'ordinamento canonico*, in Aa.Vv., *Tutela della famiglia e diritto dei minori nel codice di diritto canonico*, Libreria editrice vaticana, Città del Vaticano, 2000, pp. 68-74; Pier Antonio Bonnet, *Educazione nella fede*, *educazione alla fede e magistero della Chiesa*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2001, pp. 81-101.

[42] Cfr. l'art. 9 della legge 11 agosto 1984, n. 449, che disciplina i rapporti tra lo Stato italiano e le Chiese valdesi e metodiste.

[43] Laura Forlati, *op. cit.* p.17

[44] V. art. 5 co. 1, *Dichiarazione sull'eliminazione di tutte le forme di intolleranza e di discriminazione fondate sulla religione e il cred*o, del novembre 1981.

[45] *Ibidem*, co. 2

rappresenta il punto di arrivo di un lungo percorso di limitazione della potestà dei genitori che era pressoché assoluta nel determinare l'educazione religiosa dei figli[46]. La normativa internazionale sposta, dunque l'accento dal prevalente interesse dei genitori al prevalente interesse del minore.

Che l'interesse del minore debba essere considerato preminente è stabilito oltre che dall'art. 3 della Convenzione di New York del 1989 sui diritti del fanciullo[47], anche dalla legislazione dell'UE. La Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori, ha, infatti, per espresso oggetto "promuovere, nell'interesse superiore dei minori, i loro diritti, concedere loro diritti azionabili e facilitarne l'esercizio facendo in modo che possano, essi stessi o tramite altre persone od organi, essere informati ed autorizzati a partecipare ai procedimenti che li riguardano dinanzi ad un'autorità giudiziaria"[48]. Tra i diritti azionabili da parte di un minore essa contempla il diritto di essere informato e di esprimere la propria opinione nei procedimenti che lo riguardano[49]. Inoltre nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea proclamata a Nizza nel dicembre del 2000 viene sancita all' art.14, 3 co. la responsabilità educativa dei genitori e all'art.22 il ruolo fondamentale della religione nel processo di crescita del bambino, ma è nell'art. 24 che si statuisce il principio cardine secondo cui i fanciulli, oltre ad avere il diritto alla protezione e alle cure che sono loro necessarie, sono legittimati ad *«[…]* esprimere liberamente la propria opinione. Questa viene presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e della loro maturità». L'inserimento dell'età tra i motivi di non discriminazione[50] costituisce una precisazione di non poco conto, ai fini dell'effettività del principio di uguaglianza, ma anche per la valutazione della personalità del minore in rapporto alla capacità di discernimento acquisita, il cui accertamento è imprescindibile per l'esercizio dei diritti della personalità.

---

[46] Silvio Ferrari, Ivàn C. Ibàn, *Diritto e religione in Europa occidentale*, Il Mulino, Bologna, 1997, p. 98.

[47] V. art. 3 CRC: «In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente».

[48] V. art. 1 co. 2 della *Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori*, adottata dal Consiglio d'Europa a Strasburgo il 25 gennaio 1996, ratificata e resa esecutiva con legge 20 marzo 2003, n. 77.

[49] *Ibidem,* art. 3: «Nei procedimenti che lo riguardano dinanzi a un'autorità giudiziaria, al minore che è considerato dal diritto interno come avente una capacità di discernimento vengono riconosciuti i seguenti diritti, di cui egli stesso può chiedere di beneficiare: a) ricevere ogni informazione pertinente; b) essere consultato ed esprimere la propria opinione; c) essere informato delle eventuali conseguenze che tale opinione comporterebbe nella pratica e delle eventuali conseguenze di qualunque decisione».

[50] Francesco Ruscello, *La potestà dei genitori. Rapporti personali. Art. 315-319*, in *Il codice civile Commentario*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 65.

Anche nel nostro ordinamento giuridico sono state avanzate proposte di modifica dell'art. 3 Cost. per inserire, nell'elenco dei fattori discriminanti, la parola «età» dopo le parole «*senza distinzione*»[51]. Risolve l'art. 10 che, imponendo di conformare l'ordinamento nazionale alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute, salvaguarda anche la centralità della posizione del fanciullo in sede costituzionale tutelandola al pari dell'adulto[52]. L'accertamento della capacità di discernimento del soggetto in formazione, in relazione alla scelta da compiere, è comunque pregiudiziale all'esercizio dei diritti della personalità[53].

L'attenzione degli studiosi, specialmente a partire dagli anni settanta, si è concentrata nell'elaborare una concezione sempre più personalistica dell'istituto matrimoniale e familiare ispirata al generale principio di uguaglianza. Rispetto alla tutela dell'interesse del minore, tale concezione della famiglia risulta oggi un progresso indispensabile, poiché ha fatto emergere la garanzia della giusta autonomia del fanciullo accanto alla potestà genitoriale.

La particolare problematicità legata alla funzionalizzazione del diritto-dovere dei genitori agli interessi dei figli, considerati in virtù di questa, *"individui da privilegiare"*[54] impone di individuare un equo bilanciamento tra il diritto all'autodeterminazione dei minori e il diritto dei genitori a crescerli impartendo loro un'educazione ancorata a principi etici, religiosi e spirituali.

Naturalmente la scuola è l'istituzione chiamata a cooperare con la famiglia nella funzione educativa dei minori in un fitto intreccio di sinergia. Essa, quale istituzione pubblica non poteva rimanere immune dagli importanti cambiamenti prodotti dall'avvento della società multiculturale, anzi è diventata uno degli indicatori del modo in cui i poteri pubblici assicurano l'effettiva affermazione dei principi costituzionali, in primo luogo il pluralismo religioso e la laicità. Il rispetto di questi valori esige che la scuola pubblica (statale e non statale) sia esente da condizionamenti e da scelte di campo e che il minore, in ogni fase della sua formazione, sia messo in condizione di affermare la propria personalità ed esprimere in modo autonomo la propria dimensione

---

[51] V. intervento di Teresa Mattei, la più giovane deputata dell'Assemblea Costituente del 1946, alla Conferenza Nazionale sull'Infanzia e sull'adolescenza tenutasi a Firenze dal 19 al 21 Novembre 1998, e la correlata *Proposta di iniziativa Soda, Martini, De Simone, Cananzi, Abbate,* 24 novembre 1998, in *Atti parlamentari*, 1, Camera dei deputati, n. 5440, XIII Legislatura, Disegni di leggi e relazioni.

[52] Carlo Cognetti, *Patria potestà e educazione religiosa dei figli,* Giuffrè, Milano, 1964, p. 23.

[53] Leonoardo Lenti, *L'identità del minorenne,* in Aa.Vv., *L'identità nell'orizzonte del diritto privato*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata,* suppl. fasc. 4, 2007, p. 66.

[54] Francesco Ruscello, *op. cit.*, pp. 23 e 25.

interiore. La scuola divine, nella società multiculturale, luogo di educazione alla convivenza religiosa. In essa trova la prima sperimentazione il progetto di educazione interculturale, aperto alla diversità ma radicato nell'identità, rivolto ad individui uguali per diritti ma diversi per costumi, abitudini, tradizioni e religione. La principale caratteristica del dialogo interculturale consiste "nel promuovere il cambiamento reciproco. Non si assimila l'altro costringendolo a tradire le proprie origini, così come non lo si accetta così com'è anche quando difende costumi che ledono l'integrità umana"[55]. Questa sfida educativa si gioca tutta intorno al binomio pluralismo religioso/spazio pubblico. Alla scuola importa trasmettere alle giovani generazioni un'idea di religiosità come valore di coesione sociale, che sconfigge il timore dell'altro da sé e consente di costruire uno spazio in cui potersi incontrare e riconoscersi.

Per "imparare a vivere insieme", uno dei quattro principi cardine, individuati dal *Rapporto all'UNESCO della Commissione Internazionale sull'Educazione per il XXI secolo* bisogna conoscere l'altro. Per la significativa presenza nel nostro contesto territoriale di minori migranti /immigrati proviamo ad approfondire l'incidenza della religione islamica nella sfera educativa, normativa ed identitaria del minore musulmano.

4. L'educazione del minore islamico

Trattare dell'educazione del minore musulmano significa addentrarsi nell'analisi tanto delle norme del Diritto islamico classico quanto di quelle del diritto positivo emanate dalle Convenzioni internazionali intra-islamiche che hanno legiferato specificamente sulla materia. L'analisi, inoltre, non potrà prescindere da un breve accenno a quelle che possono essere le maggiori problematiche della presenza di minori di religione musulmana in contrasti a maggioranza non islamica qual è l'Italia.

4.1 L'educazione del minore secondo il Diritto islamico

L'islam, da sempre, ha riservato ai minori ed alla loro formazione una grande attenzione, poiché sono ritenuti un valore fondamentale dell'intera società. Il sistema educativo islamico è indirizzato alla formazione di individui che siano buoni fedeli e questo obiettivo viene raggiunto quando i genitori, la

---

[55] Sul dialogo interculturale come risposta educativa si veda Milena Santerini, *Da stranieri a cittadini. Educazione interculturale e mondo globale*, Mondadori Università, Milano, 2017, p. 88 ss..

famiglia, le istituzioni e la società musulmana tutta sono in grado di cooperare sulla base degli insegnamenti della *shari'a*, affinché ogni individuo sia e resti un buon credente, rispettoso delle regole islamiche. L'educazione nell'islam viene affrontata in maniera multidisciplinare, toccando l'aspetto fisico, cognitivo, morale, religioso e linguistico.

L'infanzia nell'islam viene suddivisa in varie fasi di crescita alle quali corrispondono alcune tappe educative, in modo da preparare progressivamente il minore verso la transizione in una età adulta caratterizzata da una appartenenza confessionale molto forte e sostanziale[56].

La prima forma educativa dei fanciulli musulmani proviene dalle madri che forniscono ai propri figli i rudimenti linguistici e gli elementi basilari del credo, anche solo mediante l'esempio. Da qui, deriva il fondamentale ruolo delle donne nell'educazione dei bambini nella società musulmana. Al tempo stesso, nel mondo delle donne il bambino è protetto, privo delle responsabilità e degli obblighi che lo attendono al di fuori. L'educazione materna introduce il bambino nell'orizzonte della propria cultura, e lo accompagna fino a giungere alla tappa di crescita corrispondente all'apprendimento di ciò che è permesso e ciò che è vietato. Questa fase di passaggio corrisponde alla transizione del bambino nell'età adulta, e significherà uscire dal mondo delle donne ed accedere in quello degli uomini. A partire da questo momento il bambino passa sotto il controllo del padre, che comincia ad intervenire nella sua educazione e lo introduce definitivamente agli aspetti cultuali della religione islamica, che prima erano vissuti come un gioco e che diventano un obbligo di fede.

Inizia così formalmente ed in maniera organizzata l'educazione religiosa del fanciullo, che si sostanzia soprattutto nell'apprendimento mnemonico del Corano. Quest'ultimo passaggio può avvenire anche nella scuola coranica dove il maestro, presenza autoritaria, figura come sostituto del padre e come tale ha una totale libertà d'azione rispetto ai suoi discepoli[57].

Da un punto di vista giuridico entrano in campo due istituti differenti. Il primo è quello della *wilayat* o patria potestà, che viene esercitata sui minori dal padre o dal parente maschio più prossimo, sano di mente e *sui iuris*, ed in mancanza, da un tutore testamentario, mentre la madre si occupa delle cure personali, secondo l'istituto della *hadhanah* (custodia)[58]. Mentre la patria po-

---

[56] Cfr. Jamal Elias, *Alef is for Allah. Childhood, Emotion, and Visual Culture in Islamic Society*, University of California Press, Oakland, 2018.

[57] Antonio Cuciniello, *Aspetti pedagogici dell'Islam*, in Costanza Bargellini, Elisabetta Cicciarelli, *L'islam a scuola: esperienze e risorse*, Quaderni I.S.M.U., Milano, 2, 2007, p. 43.

[58] David Santillana, *Istituzioni di diritto musulmano malikita con riguardo anche al sistema sciafiita*, I.P.O., Roma, 1926, I, p. 244.

testà non viene meno e si conserva per tutta la durata della vita, la custodia dei figli da parte delle madri si perde nel caso in cui la donna contragga un nuovo matrimonio[59].

Il padre o, come visto chi per lui, ha la tutela legale dei figli minori, maschi e femmine, e ne è il rappresentante legale. A lui spettano le scelte educative e formative della prole, possibilmente prendendo in considerazione le inclinazioni di ognuno, ed è titolare anche del diritto di correzione. La madre, viceversa, in base alle norme del diritto islamico non è titolare della potestà genitoriale neppure in assenza del marito, dalla quale viene sempre esclusa, anche nel caso di morte del marito.

Il diritto islamico disegna un rapporto genitori-figli basato, da un lato, sul rispetto dell'autorità paterna e dei ruoli parentali e, dall'altro, sui doveri dei genitori verso i figli. Il padre provvede al mantenimento e all'orientamento educativo dei figli mentre la madre esercita la custodia sui di essi e li educa, nella fanciullezza, in nome del padre e della sua religione, anche quando non è musulmana. L'educazione musulmana trasmette il valore del rispetto degli adulti e tra adulti di sesso maschile, nonché per le figlie i valori di pudore, verginità e dell'essere preposte all'uomo. Il padre ha l'obbligo del mantenimento nei confronti dei figli e deve provvedere a garantire un'adeguata formazione, che non può prescindere dalla componente educativa sul piano religioso.

Va difatti messo in risalto il dato, centrale, in base al quale i figli di un genitore musulmano seguono necessariamente la religione del padre. Dalla filiazione nasce così la imprescindibile corrispondenza biunivoca di diritti e doveri: il diritto dei figli a crescere armonicamente nell'islam e il dovere per il padre di provvedere, direttamente o indirettamente, ad una loro adeguata formazione religiosa.

4.2 L'educazione del minore secondo le norme convenzionali intra-islamiche

Se il fronte del Diritto islamico classico lascia poco spazio ad alternative formative, in epoca contemporanea e sul versante del Diritto positivo le norme convenzionali intra-islamiche sembrano garantire possibilità differenti ed eventuali aperture. L'apparenza tuttavia non viene rispettata in concreto.

Da un lato, infatti, può essere ricordata la Dichiarazione del Cairo sui Di-

---

[59] Cfr. Emilio Bussi, *Principi di diritto musulmano*, Bari, Cacucci, 2004 (rist.), pp. 108-111; Roberta Aluffi Beck-Peccoz, *Le leggi del diritto di famiglia negli stati arabi del Nord-Africa*, Edizioni della Fondazione Giovanni Agnelli, Torino,1997, p. 8; Ead., *La modernizzazione del diritto di famiglia nei paesi arabi*, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 135-143.

ritti Umani nell'Islam del 1990 che, all'art. 7, riguardante i diritti dei bambini, afferma il diritto dei genitori di "scegliere il tipo di educazione che essi desiderano per i propri bambini", ma subordina tale diritto alla "condizione che essi prendano in considerazione l'interesse e il futuro dei bambini in conformità con i valori etici e i principi della *shari'a*[60]. Questo in estrema sintesi è ciò che alcune confessioni religiose stabiliscono per quanto riguarda il diritto-dovere dei genitori di educare i figli. La legislazione statale, da parte sua, riconosce, come abbiamo visto, il diritto dei genitori di educare i propri figli nella fede religiosa di appartenenza ed in alcuni casi aiuta tale compito educativo, prevedendo la possibilità dell'insegnamento religioso nelle scuole statali, oppure sostenendo l'istituzione di scuole confessionali o ideologicamente orientate[61]. Si realizza, pertanto, una sorta di sinergia tra genitori e pubblici poteri, diretta a garantire ai minori di età un'educazione ed istruzione che sia anche rispettosa dell'identità spirituale e religiosa familiare. In ogni caso, poiché la funzione educativa della famiglia "non può oggi essere strumentale all'interesse dei genitori a perpetuare i modelli ideologici da essi preferiti"[62], ma deve tendere a garantire il pieno sviluppo della personalità del minore, la legislazione pone l'interesse del minore come limite e finalità del diritto dei genitori di educare ed istruire i propri figli, anche in materia religiosa[63]. Nella realtà dei rapporti giuridici, ciò significa che "una volta connesso al ruolo di genitore, anche il diritto di libertà religiosa è destinato ad assumere una rilevanza mai piena e diretta, ma solo come parte o aspetto di quei diritti-doveri che fanno capo complessivamente al genitore, e che sono entrambi «vincolati» nell'esercizio

---

[60] Un'analisi dei contenuti della Dichiarazione del Cairo in Andrea Pacini (a cura di), *L'Islam e il dibattito sui diritti dell'uomo*, Edizioni della Fondazione Giovanni Agnelli, Torino, 1998; Gaetano Dammacco, *Diritti umani e fattore religioso nel sistema multiculturale euromediterraneo*, Cacucci, Bari, 2000, pp. 213-229.

[61] Esaminano le diverse soluzioni adottate nei paesi europei in relazione alla presenza dell'insegnamento religioso nelle scuole ed alla libertà di creare istituti scolastici confessionali Silvio Ferrari, Ivan C. Ibán, *Diritto e religione in Europa occidentale*, cit., pp. 107-133.

[62] Antonio Vitale, *Corso di diritto ecclesiastico. Ordinamento giuridico e interessi religiosi*, X ed., Giuffrè, Milano, 2005, p. 29.

[63] Sull'interesse del minore quale criterio orientativo nelle scelte che lo riguardano, e sulla libertà religiosa come aspetto specifico di tale interesse, cfr. Roberta Santoro, *Diritti ed educazione religiosa del minore*, Jovene, Napoli, 2004, pp. 57-78. Si v. anche Massimo Dogliotti, *Separazione dei coniugi, educazione religiosa della prole, controllo del giudice*, cit., p. 1018, rileva che la nozione di interesse del minore viene «utilizzata (e talora abusata) nelle più diverse occasioni, a proposito ed a sproposito. Non è raro che pronunce di segno opposto si riferiscano ugualmente all'interesse del fanciullo, nozione che rischia di diventare vuota tautologia, mero abbellimento esteriore dell'argomentazione». In questo senso, l'Autore sottolinea che per rispondere a tale interesse l'educazione deve mirare all'armoniosa crescita psicofisica del minore, le cui necessità dovranno perciò essere valutate nella fattispecie concreta, tenendo ben presente che ciò che è bene per un minore non necessariamente lo è per un altro.

alla cura degli interessi/diritti della prole"[64]. Inoltre, accanto al diritto-dovere dei genitori, si pone l'imprescindibile esigenza di tutelare la libertà religiosa dello stesso figlio minore, tenendo presente che tale diritto di libertà è personalmente esercitabile già prima del compimento del diciottesimo anno di età e costituisce un valido strumento di valutazione concreta e specifica dell'interesse dello stesso minore[65]. La necessità di tutelare primariamente tale interesse emerge con particolare evidenza nelle situazioni che vengono a crearsi quando il rapporto tra genitori di diversa appartenenza religiosa entra in crisi coinvolgendo così le scelte relative all'educazione religiosa dei figli, quando le opzioni religiose dei genitori possono nuocere alla salute o alla integrità psichica del figlio, o ancora quando il diritto dei genitori di educare i figli nella propria fede religiosa entra in conflitto con le necessarie esigenze di laicità delle istituzioni pubbliche, in particolar modo della scuola. Si tratta di problemi che con sempre maggiore frequenza interessano le società occidentali, poste di fronte al mutamento in senso pluralistico del proprio panorama religioso[66]. Alle religioni che fanno parte del patrimonio storico-culturale europeo si sono aggiunte, con una presenza talvolta piuttosto numerosa, altre confessioni e gruppi religiosi, fatto questo che ha portato con sé una serie di problemi ed esigenze nuove, anche per quanto riguarda l'educazione religiosa dei minori nell'ambito familiare, tenendo presente un innegabile dato di fatto, ovvero che "le relazioni familiari costituiscono una delle componenti più specifiche e sensibili delle diverse culture religiose, nonché la sede primaria in cui ciascuna cultura viene praticata e trasmessa" [67]. Questa tematica sarà affrontata

---

[64] Pierangela Floris, *Appartenenza confessionale e diritti dei minori. Esperienze giudiziarie e modelli d'intervento*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesistica*, 1, 2000, pp. 191-216.

[65] Che il diritto di libertà religiosa appartenga all'individuo e sia direttamente esercitabile ancora prima del raggiungimento della maggiore età è pacifico in dottrina sin dal periodo precedente la riforma italiana del diritto di famiglia. Cfr. Carlo Cognetti, *Patria potestà e educazione religiosa dei figli*, Giuffrè, Milano, 1964, p. 9, secondo il quale «è impensabile infatti che l'individuo acquisti una propria coscienza religiosa solo al compimento degli anni ventuno, e che in quell'istante soltanto scatti il meccanismo legislativo di tutela della libertà religiosa».

[66] Sulle questioni che il pluralismo religioso pone agli ordinamenti occidentali, cfr., tra gli altri, Carlo Cardia, *Principi di diritto ecclesiastico. Tradizione europea legislazione italiana*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 93-106. In particolare, relativamente alle questioni giuridiche sollevate dall'appartenenza alle religioni di più recente insediamento, cfr. Silvio Ferrari, *Comportamenti «eterodossi» e libertà religiosa. I movimenti religiosi marginali nell'esperienza giuridica più recente*, in *Foro Italiano*, 1, 1991, cc. 271-285. Sulla rilevanza delle organizzazioni e confessioni religiose nello spazio giuridico europeo, cfr. Francesco Margiotta Broglio, *Il fattore religioso nell'Unione Europea. Continuità e nuovi problemi*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Francesco Finocchiaro*, II, Cedam, Padova, 2000, pp. 1251-1277; Maria Luisa Lo Giacco , *Il pluralismo religioso nell'Unione Europea* in Aa. Vv., *Persona e identità nel processo di integrazione europea*, Wydawnictwo Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego, Olsztyn, 2004, pp. 249-258.

[67] Pierangela Floris, *Appartenenza confessionale e diritti dei minori. Esperienze giudiziarie e*

nelle pagine che seguono, a partire essenzialmente dalla situazione italiana, con riferimenti alla giurisprudenza più significativa di altri paesi europei e ad alcune sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Infatti, come si avrà modo di sottolineare, si tratta di una tematica disciplinata in maniera simile in tutti gli ordinamenti occidentali, confermando un più generale fenomeno di circolazione dei modelli giuridici e delle soluzioni giurisprudenziali in materia di libertà religiosa[68].

Dall'altro, all'interno dell'orizzonte confessionale islamico vi sono specifiche norme convenzionali modulate esclusivamente per i minori[69].

Nel 1990 l'O.U.A., durante la 26° riunione dei suoi capi di Stato e di Governo tenutasi ad Addis Abeba, ha emanato un'importante Convenzione, denominata "Carta africana dei diritti e del benessere del bambino", entrata successivamente in vigore il 29 novembre 1999. Il testo si ispira espressamente alla Dichiarazione universale sui diritti dell'uomo del 1948, alla Carta africana dei diritti dell'uomo del 1981, alla Dichiarazione O.N.U. del 1959, alla Dichiarazione O.U.A. del 1979. Mentre il diritto del bambino all'istruzione viene sancito in maniera lineare dall'art. 11, e risulta finalizzato alla promozione ed allo sviluppo della sua personalità, sul tema dell'educazione religiosa delicato ed ambivalente risulta il dettame dell'art. 9, che da un alto riconosce il diritto del minore ad una libera determinazione nella sfera religiosa, e dall'altro prevede la possibile ingerenza in tali scelte da parte dei genitori o del tutore legale sul piano educativo, in senso di orientamento e consiglio, ma ciò "*conformément aux lois et politiques nationales applicables en la matière*". La dichiarazione di principio circa la libertà di determinazione subisce a ben vedere un freno dalla formulazione ambigua contenuta nella norma.

Dal 13 al 15 dicembre 1994 è stata elaborata a Casablanca, in occasione del 7° *summit* dell'O.C.I. la "Dichiarazione sui diritti e la protezione del fanciullo nel mondo islamico". È da notare come il principio n. 8 colleghi il diritto all'istruzione del minore in maniera diretta e non velata alla religione islamica. In particolare, il testo della norma prevede che l'insegnamento, gratuito, deve

---

modelli d'intervento, cit., p. 191.

[68] Sulla circolazione dei modelli giuridici di tutela della libertà religiosa si rinvia a Maria Luisa Lo Giacco, *Libertà religiosa e circolazione dei modelli giuridici. Il disegno di legge italiano sulla libertà religiosa*, in Giuseppe Leziroli (a cura di), *Dalla legge sui culti ammessi al progetto di legge sulla libertà religiosa (1 marzo 2002)*, Napoli, Jovene, 2004, pp. 254-258, ed alla bibliografia *ivi* citata. Cfr., inoltre, Roberto Mazzola, *La convivenza delle regole. Diritto, sicurezza e organizzazioni religiose*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 25-30.

[69] Cfr. Vasco Fronzoni, *Strumenti convenzionali intra-islamici a protezione del fanciullo*, in Agostino Cilardo, *La tutela dei minori di cultura islamica nell'area mediterranea. Aspetti sociali, giuridici e medici*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2011, p. 357 ss.

consentire al fanciullo di conoscere i principi della fede e della legislazione islamica (ovverosia *ibadat* e *mu'amalat*)[70] quali basi culturali della società. Pur riconoscendo (in astratto) il diritto al libero orientamento in senso religioso, viene tuttavia palesato (in concreto) come l'islam proibisca al musulmano di abiurare la sua religione.

Altro strumento degno di nota è il Patto sui diritti del fanciullo nell'islam, adottato nel corso della 32° Conferenza dei Ministri degli Esteri dell'O.C.I. a San'a nel giugno 2005. Per il tema in esame vanno evidenziati l'art. 2 che precisa gli obbiettivi del Patto, tra i quali si riscontrano: quello di formare generazioni di fanciulli musulmani che credano in Allah, devoti alla loro fede ed alla loro patria, affinché diventino utili alla società di appartenenza; e l'art. 3, che evidenzia i princìpi ispiratori degli obbiettivi descritti in precedenza, quali il rispetto della *shari'a* e delle legislazioni interne degli Stati membri.

Va infine esaminata la Dichiarazione sull'infanzia nel mondo islamico, predisposta a Rabat il 9 novembre 2005 in occasione della prima conferenza islamica dei Ministri dell'infanzia dei Paesi dell'O.C.I., organizzata unitamente all'U.N.I.C.E.F. Tra le 5 tematiche principali vi è anche l'educazione dei minori. Il punto 3, in particolare, sostiene che il patrimonio islamico comune deve essere sostenuto e divulgato, anche al fine di promuovere e consolidare la conoscenza, la comunicazione, l'intesa e la tolleranza tra popoli e religioni; il punto 4 afferma che è necessario far conoscere i valori dell'islam relativi alle donne e ai minori attraverso i mezzi di comunicazione di massa, per diffondere un'immagine autentica ed onorevole della religione e dei suoi princìpi perenni.

4.3 Cenni su alcune problematiche riguardanti l'educazione del minore musulmano in Italia

Le dinamiche migratorie si estendono anche sull'orizzonte scolastico dove è sempre più numerosa la presenza di alunni stranieri nelle classi italiane (il 9,71% della popolazione scolastica sia di origine migratoria)[71] e risultano sempre più evidenti le problematiche che incontrano i docenti nella loro opera educativa.

È agevole rimarcare come spesso, entrando nella scuola italiana per le pri-

---

[70] Sul punto, Agostino Cilardo, *Il Diritto islamico e il sistema giuridico italiano. Le bozze di intesa tra la Repubblica italiana e le associazioni islamiche italiane*, E.S.I., Napoli, 2002, p. 42.

[71] M.I.U.R. – Ufficio Statistica, *Gli alunni con cittadinanza non italiana. A.s. 2017/2018*, Luglio 2019.

me volte, i bimbi musulmani si trovino spaesati in quanto riscontrano sostanziali differenze rispetto al contesto di provenienza già a partire dal metodo di rapportarsi tra docente discente, certamente più permissivo e meno rigido rispetto al modello dei Paesi di origine[72]. Inoltre, anche l'interazione tra generi pone problematiche in termini di contiguità e promiscuità, cui i bambini e le bambine musulmane non sono abituati[73].

Per garantire una maggiore integrazione dei minori musulmani nel sistema educativo italiano vanno anche presa in considerazione la barriera linguistica, che almeno all'inizio dovrebbe essere aggirata, e le specifiche esigenze dovute alle prescrizioni alimentari islamiche, situazioni che non possono essere ignorate se ci si orienta verso una scuola inclusiva.

Infine, una problematica aperta ed allo stato ancora irrisolta risulta quella dell'insegnamento della religione nei curricula scolastici, che vede i minori musulmani non poter disertare l'ora di religione (cattolica) in mancanza di una previa scelta alternativa, anche in spregio ai *Toledo Guiding Principles on Teaching about Religions and Beliefs in Public Schools* emanati nel 2007 dall'O.D.I.H.R. (l'Ufficio per le Istituzioni Democratiche e i Diritti Umani) dell'O.S.C.E. (l'Organizzazione per la Sicurezza e la Cooperazione in Europa) al fine di favorire una migliore comprensione della crescente diversità religiosa e della presenza sempre più significativa del fattore religioso nella sfera pubblica dei Paesi membri[74].

5. Le soluzioni giurisprudenziali delle Corte di Strasburgo a supporto del primario interesse del minore in materia di esercizio della libertà religiosa

L'analisi sarebbe incompleta se non comprendesse l'esame, anche se sommario, delle previsioni normative contemplate dalla CEDU ed in particolare del Primo Protocollo aggiuntivo, oltre che delle soluzioni giurisprudenziali adottate dalla Corte europea dei diritti umani.

Punto di partenza della riflessione è l'art. 14 CEDU, in base al quale, i genitori, in quanto educatori, detengono un ruolo centrale nell'avviare all'educazione religiosa i minori. La libertà dei genitori o dei tutori di indirizzare

---

[72] Antonio Cuciniello, *Aspetti pedagogici dell'islam*, cit., p. 47.

[73] Rosalba Lo Cicero, *L'autobiografia interculturale*, in Fabrizio Manuel Sirignano, Pascal Perillo (a cura di), *La scuola delle culture. Riflessioni pedagogiche situate*, Pensa Multimedia Editore, Lecce, 2019, p. 304 ss.

[74] V. Angela Bernardo, Alessandro Saggioro (a cura di), *I Principi di Toledo e le religioni a scuola*, Aracne editrice, Roma, 2015.

i propri figli o i minori assistiti ad un credo religioso, rientra nelle loro prerogative. Tale diritto dei genitori ad indicare una prospettiva educativa, anche in ambito religioso, deve essere protetto *in primis* dalle ingerenze dello Stato. Il diritto dei minori di crescere sotto l'indirizzo genitoriale e nel rispetto delle convinzioni religiose di questi ultimi è spesso violato da alcuni Stati.

In particolare, ai sensi dell'art. 9 CEDU (norma generale posta a tutela della libertà religiosa di ciascun individuo), la Corte di Strasburgo si è occupata del difficile rapporto tra il rispetto delle credenze religiose dei genitori e la tutela del benessere del minore. Vi è stata violazione dell'art. 9 CEDU, secondo la Corte, in quelle ipotesi in cui vi era ad esempio, la volontà di un padre di applicare punizioni corporali nei confronti del figlio o, inoltre, la determinazione dei genitori di sfuggire all'obbligo vaccinale dei minori, prescritto dal legislatore nazionale. In tali casi quando, il rispetto delle convinzioni religiose dei genitori si scontra con l'interesse superiore del minore, quest'ultimo prevale[75]. Fondamentale è stata la sentenza *Neulinger and Shuruk v. Switzerland*, in cui un caso di violazione alla vita familiare per sottrazione internazionale di minore, il principio del *best interests* da criterio interpretativo occasionale diventa principio generale. Il *best interests* si eleva, dunque, a principio generale, volto ad informare ogni decisione che riguarda un minore.

In altre ipotesi, la discriminazione su base religiosa ha determinato la violazione di altre norme della CEDU, come l'art. 8, anche in combinato disposto con l'art. 14 CEDU. A tal proposito, si ricordano alcune decisioni nazionali relative alla fissazione della residenza abituale dei minori presso uno dei due genitori, basate esclusivamente sul fatto che l'altro genitore fosse Testimone di Geova.

Gli artt. 8 e 9 CEDU sono stati, poi, applicati congiuntamente ai casi che mettevano in pericolo la salute dei minori, come quelli in cui genitori, Testimoni di Geova, si opponevano alla trasfusione di sangue dei propri figli minori[76].

Per quanto concerne l'esercizio della libertà religiosa nei luoghi pubblici, la Corte ha differenziato i casi relativi alla tutela di simboli[77] o abbigliamenti religiosi, a seconda che fossero gli insegnanti o gli alunni a richiederne la

---

[75] Kirsty Hughes, *The Child's Right to Privacy and Article 8 European Convention on Human Rights*, in Michael Freeman, *Current Legal Issues: Law and Childhood Studies*, Oxford University Press, Oxford, 2012; Claire Breen, *The standard of best interests of the child*, Brill, Leiden, 2002.

[76] Per un'approfondita analisi di quanto si è sommariamente esposto si rinvia a Tullio Scovazzi, *La 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.

[77] Vincenzo Pacillo, Jlia Pasquali Cerioli, *I simboli religiosi. Profili di diritto ecclesiastico italiano e comparato*, Giappichelli, Torino, 2005; Silvio Ferrari, (a cura di), *Islam ed Europa. I simboli religiosi nei diritti del Vecchio continente*, Carocci, Roma, 2006; Edoardo Dieni, Alessandro Ferrari, Vincenzo Pacillo (a cura di), *I simboli religiosi tra diritto e culture*, Giuffrè, Milano, 2006.

tutela. Quando interpellata, la Corte ha sostenuto che l'utilizzo del velo islamico, da parte dell'insegnante, presentava con la sua potente carica simbolica elementi di difficile conciliazione con il messaggio di tolleranza e rispetto per gli altri, stante anche il particolare rapporto di soggezione esistente tra l'insegnante ed i minori suoi alunni. In discussione era la libera formazione della coscienza dei bambini. In particolare, si violavano i messaggi di uguaglianza e di non discriminazione ai quali tutti gli insegnanti, attivi in una società democratica, dovrebbero richiamarsi e farsi carico di trasmettere ai loro alunni. Il sacrificio richiesto all'insegnante di non utilizzare il velo in classe non ledeva la sua libertà religiosa, ed era giustificato altresì dal particolare ruolo educativo che la stessa svolgeva nei confronti dei minori[78].

Del pari, la Corte si è pronunciata sul divieto per gli alunni di scuola primaria e secondaria in un paese Ue di indossare "simboli o indumenti che manifestano esplicitamente l'appartenenza ad un credo religioso". La Corte ritenne giusta, e sufficiente a giustificare le misure adottate dal preside della scuola (ed impugnate dai genitori dei minori interessati), l'invocazione del principio costituzionale del secolarismo, a sua volta richiamante i valori sottesi alla Convenzione. Al capo dell'istituto, fu riconosciuta la possibilità di vietare, ai minori musulmani, l'utilizzo del velo ed altresì imporne la rimozione all'entrata in classe. L'iniziativa non avrebbe contrastato l'art. 9 della Convenzione in quanto risiedeva nel margine di apprezzamento stabilito dalla legge[79], sulla base anche del principio di laicità.

L'art.2 del citato Protocollo fissa il principio in forza del quale a nessuno può essere impedito e/o negato il diritto all'educazione[80] ed è compito dello Stato di favorire l'ingresso a scuola dei minori, sia essa una struttura pubblica che privata. La norma impone un obbligo secondo cui a nessuno può essere negato il diritto all'educazione. Non si tratta, però di un diritto assoluto, dato che può subire interferenze da parte dello Stato per soddisfare scopi ritenuti legittimi. Questi ultimi, a differenza dei diritti previsti da altre disposizioni come gli artt. 8 e 11 CEDU, non vengono elencati, conferendo un ampio mar-

---

[78] CEDU, *Dahlab v. Svizzera,* ricorso n. 42393/98 del 15 febbraio 2001. Ricorso ritenuto manifestamente infondato e relativo al divieto per un'insegnante di una scuola primaria statale, in una classe di bambini di età compresa tra 4 e 8 anni, di indossare il velo durante lo svolgimento delle lezioni. Inoltre la Corte ha respinto il ricorso, nella misura in cui la discriminazione era da intendersi sulla base del sesso, in quanto può essere applicata anche ad un uomo che in circostanze simili indossi abiti che lo identifichino esplicitamente come membro di un altro credo religioso.

[79] CEDU, *Gamaleddyn v. France*, ricorso n. 43563/08, decisione n. 18527-08 del 30 giugno 2009; *Aktas v. France*, *decision no. 43563-08* del 25 maggio 2010; *Ranjit Singh v. France*, decisione n. 27561-08 del 30 giugno 2009; *Jasvir Singh v. France*, decisione n. 25463-08 del 30 giugno 2009.

[80] Conseil de l'Europe, *Travaux préparatoires de l'article 2 du Protocole additionnel à la Convention, 9 mai 1967*, CDH (67) 2, p. 110.

gine di manovra e di discrezionalità in capo agli Stati.

Se garantito è il pluralismo (evitando accuratamente ogni pericolosa forma di indottrinamento) altrettanto va detto per la possibilità di sostituire l'insegnamento della religione con insegnamenti alternativi. Sul punto, la Corte di Strasburgo si è ripetutamente pronunciata. Ad esempio, nel caso *Kjeldsen, Busk Madsen e Pedersen* c. *Danimarca*, in cui in discussione era posto il contenuto dell'insegnamento, la Corte fu chiamata a pronunciarsi sulla domanda avanzata da alcuni genitori danesi che ritenevano l'insegnamento dell'educazione sessuale, nel *curriculum* di studi dei minori, di età compresa tra i 9 e gli 11 anni, una violazione del rispetto delle proprie convinzioni religiose. La Corte respinse il ricorso sottolineando il carattere formativo del programma scolastico e l'assenza di alcun condizionamento di tipo morale. Importante fu ritenuto che gli insegnamenti di religione non fossero invasivi della libertà religiosa del minore, accuratamente arricchiti con informazioni obiettive e rispettose del senso critico e del pluralismo di espressione[81].

La Corte sottoponendo a controllo le materie inserite nei programmi scolastici, riconosce un margine insindacabile di apprezzamento legato alle tradizioni culturali nazionali. Ove mai venisse in evidenza un superamento della soglia di oggettività dell'insegnamento od una violazione dell'imprescindibile rispetto del pluralismo, sarebbe palese il contrasto con l'art. 2 del Primo Protocollo addizionale.

La Corte è stata solerte e chiara nel ribadire il disposto dell'art. 46 della CEDU in forza del quale incombe sullo Stato l'obbligo di approntare misure idonee a rimuovere l'eventuale obbligatorietà dell'insegnamento della religione nelle sue scuole, al fine di garantire il primario (o prevalente, se si preferisce) interesse del minore nella libera scelta dell'orientamento religioso da seguire anche a scuola. La Corte ha rilevato una violazione dell'art. 2 del Primo Protocollo addizionale, nel sistema educativo turco, sprovvisto di mezzi volti ad assicurare il rispetto delle convinzioni religiose dei genitori *Mansur Yalcin e altri c. Turchia*[82].

---

[81] CEDU, *Kjeldsen, Busk Madsen e Pedersen c. Danimarca*, ricorso nn. 5095/71, 5920/72 e 5926/72, sentenza 7 dicembre 1976; Corte europea dei diritti umani, *Valsamis c. Grecia*, ricorso n. 21787/93, sentenza 18 dicembre 1996; Corte europea dei diritti umani, *Folgerø e altri c. Norvegia* [GC], ricorso n. 15472/02, sentenza 29 giugno 2007; Corte europea dei diritti umani, *Hasan e Eylem Zengin c. Turchia,* ricorso n. 1448/04, sentenza 9 ottobre 2007; Corte europea dei diritti umani, *Lautsi e altri c. Italia* [GC], ricorso n. 30814/06, sentenza 18 marzo 2011.

[82] I familiari ricorrevano alla Corte europea dei diritti dell'uomo perché, a loro parere, il fatto di non poter più entrare in contatto con i propri parenti, così come previsto dalle ferree regole dell'ordine monastico ortodosso, avrebbe configurato la violazione dell'art.8 CEDU relativo al rispetto della vita privata e familiare. La Corte, invece, accertato che la scelta degli interessati, nelle more del giudizio diventati (ormai) maggiorenni, non solo fosse stata libera e cosciente e che quindi in quanto tale andava

Concludendo, la tutela minorile della libertà religiosa, come è emerso dalla prassi giurisprudenziale degli ultimi anni, può ricondursi a due filoni principali: l'uno relativo all'esercizio della libertà di culto nelle diverse formazioni sociali in cui il minore cresce, l'altro inerente al progetto educativo che lo conduce alla maggiore età.

Alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, l'impegno richiesto al giudice è stato di considerare, esclusivamente, l'interesse del minore ad una crescita serena ed equilibrata oltre che alla sua integrità psico-fisica. E dinanzi a tale interesse, comunque, verrebbe meno anche il diritto di libertà religiosa di coloro che sul minore esercitano la potestà[83]. Partendo dall'assunto che la tutela e l'esercizio della libertà religiosa del minore non possa prescindere dall'osservanza del principio dei *best interests*, della non discriminazione e dell'ascolto del fanciullo in caso di violazione della libertà religiosa, ben si comprende che solo attraverso il rispetto di tali principi generali è possibile dar vita e forma all'elemento dirimente nei casi delle violazioni sopra citate. Ma, va anche detto, che la considerazione di cui gode il principio dei *best interests* è decisamente maggiore rispetto all'ascolto del minore ed alla non discriminazione, in quanto il primo presenta un carattere maggiormente flessibile ed adattabile alle reali esigenze del minore, all'uopo contestate e rilevate, nell'ottica finale della sua protezione.

Auspicabile potrebbe essere la presenza, nelle cause che vedono coinvolto un minore, di un tutor legale al fine di aumentare la consapevolezza del soggetto interessato dalla lesione del diritto, ossia il minore stesso. Ciò potrebbe aggiungere il punto di vista del minore, rispetto a quello dei genitori e dello Stato di riferimento, consentendo la ricostruzione ed affermazione, in virtù del grado di maturità conseguito dal bambino, della sua centralità nel godimento di una fondamentale libertà.

6. Conclusioni

Che in ogni atto riguardante un minore debba tenersi presente il suo interesse, considerato preminente, è, come abbiamo visto, principio acquisito

---

rispettata, ma che solo ad essi spettava la scelta di mantenere o meno legami con la famiglia d'origine. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Sijakova e altri c. Ex Repubblica Iugoslava di Macedonia*, ricorso n. 67914/01, sentenza del 6 marzo 2003.

[83] Nel caso *Deschomets v. France*, decisione n. 31956-02, la Corte ha emesso una sentenza in forza della quale per esercitare la patria potestà su un bambino, il genitore non deve condizionare la sua libertà di manifestazione di un credo religioso piuttosto che un altro.

nell'ordinamento internazionale. Non diverso è l'indirizzo dell'ordinamento interno. È quanto riconoscono due emblematiche pronunce della nostra Corte Costituzionale, la sentenza n. 31 del 2012 e la n.7 del 2013 . Entrambe sanciscono l'irragionevolezza dell'art. 569 c.p. muovendo dal dato che "nel nostro ordinamento l'interesse morale e materiale del minore ha assunto carattere di piena centralità", specialmente dopo la riforma del diritto di famiglia attuata con legge 19 maggio 1975, n. 151 e dopo la disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori, seguita "da una serie di leggi speciali che hanno introdotto forme di tutela sempre più incisiva dei diritti del minore".

Nella sentenza n. 31 del 2012 la Corte aveva già rilevato che poichè "la pronunzia di decadenza va ad incidere sull'interesse del minore [...], non è conforme al principio di ragionevolezza, e contrasta quindi con l'art. 3 Cost., il disposto della norma censurata che, ignorando il detto interesse, statuisce la perdita della potestà sulla base di un mero automatismo, che preclude al giudice ogni possibilità di valutazione e di bilanciamento, nel caso concreto, tra l'interesse stesso e la necessità di applicare comunque la pena accessoria in ragione della natura e delle caratteristiche dell'episodio criminoso, tali da giustificare la detta applicazione appunto a tutela di quell'interesse"[84].

"La potestà genitoriale, afferma la Corte, se correttamente esercitata, risponde all'interesse morale e materiale del minore, il quale, dunque, è inevitabilmente coinvolto da una statuizione che di quella potestà sancisca la perdita".

Con sent. 23 gennaio 2013, n. 7 la Consulta, ribadisce l'illegittimità della pena accessoria consistente nella perdita della potestà genitoriale, sostituendo l'automatismo legale con la valutazione giudiziale, la sola che, a parere della Corte, possa garantire, caso per caso, un bilanciamento effettivo e concreto degli interessi in gioco ripristinando una corretta gerarchizzazione dei valori in gioco, primo fra tutti il superiore interesse del fanciullo.

Vi è tra le due sentenze un indubbio legame ed una continuità argomentativa. Entrambe dedicano un significativo spazio sia all'evoluzione normativa interna quanto, soprattutto, alla convergenza di diverse e variegate fonti sovranazionali "testimoniando la sempre più accentuata sensibilità del nostro tribunale costituzionale per le dinamiche tipiche della "tutela multilivello".

Vi è anche un profilo che le distingue e che colloca la sentenza n.7 del 23

---

[84] Si vedano i commenti di Marco Mantovani, *La Corte costituzionale fra soluzioni condivise e percorsi ermeneutici eterodossi: il caso della pronuncia sull'art. 569 c.p.*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2012, p. 380 ss., e di Lara Ferla, *Status filiationis ed interesse del minore: tra antichi automatismi sanzionatori e nuove prospettive di tutela*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2012, p. 1585 ss.

gennaio 2013 in una prospettiva ben più ampia nell'originale applicazione della dottrina del "parametro interposto", che si dimostra così un *driver* costantemente *in progress*, decisamente prolifico e con indubbie capacità *multitasking* nel caso di specie.

"Si riconosce espressamente il contrasto della norma oggetto di censura – e, per quel che più conta, se ne dichiara *ex professo* l'illegittimità – non solo in relazione all'art. 3 Cost., bensì anche – ed autonomamente – in relazione all'art. 117, primo comma, Cost.,"[85] puntualizzando che "la questione risulta fondata anche sul versante della necessaria conformazione del quadro normativo agli impegni internazionali assunti dal nostro Paese sul versante specifico della protezione dei minori". Ne scaturisce la vincolatività e la "giustiziabilità" delle diverse fonti ricavabili dal *network multilevel*[86].

L'antinomia registrata rispetto alle fonti sovranazionali nella violazione del superiore interesse del minore viene argomentata dalla Corte con puntuali riferimenti a disposizioni della CRC[87], della Convenzione del Consiglio d'Europa[88] e finanche alle specifiche indicazioni del documento del Consiglio d'Europa su una "giustizia a misura di minore" [89], laddove espressamente afferma che "Gli Stati membri dovrebbero garantire l'effettiva attuazione del diritto dei minori a che il loro interesse superiore sia al primo posto, davanti ad ogni altra considerazione, in tutte le questioni che li vedono coinvolti o che li riguardano". Ora se il "superiore interesse del fanciullo": assume in questo caso un valore di indubbio rilievo e preminenza costituzionale, e se, come ampiamente verificato nel corso degli anni si è assistito, in particolare attraverso la giurisprudenza della Corte EDU, ad un ampio sviluppo dell'ambito di applicazione e dell'interpretazione dei diritti civili del minore, in nome anche della CRC , bisogna riconoscere che la tutela minorile della libertà religiosa è rimasta relegata ad un ruolo di secondo piano, ancillare rispetto ad altri diritti

---

[85] Sulla pronuncia, si veda Vittorio Manes, *La Corte Costituzionale ribadisce l'irragionevolezza dell'art. 569 c.p. ed aggiorna la dottrina del "parametro interposto" (art. 117, co. I Cost.)* in *Rivista diritto penale contemporaneo,* Milano, p.1-6.

[86] Per le implicazioni in dottrina si veda Giorgio Pino, *La gerarchia delle fonti del diritto. Costruzione, decostruzione, ricostruzione,* in *Ars interpretandi*, XVI-2011, p. 19 ss., e Antonio Ruggeri, *Sistema di fonti e sistema di norme? Le altalenanti risposte della giurisprudenza costituzionale*, in *Consulta online* (*www.giurcost.org)*.

[87] Segnatamente, l'art. 3 della *Convenzione ONU sui diritti del fanciullo*, fatta a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 27 maggio 1991, n. 176.

[88] in particolare, l'art. 6 della *Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli*, adottata dal Consiglio d'Europa a Strasburgo il 25 gennaio 1996, ratificata e resa esecutiva con legge 20 marzo 2003, n. 77.

[89] *Linee guida del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa su una "giustizia a misura di minore"*, adottate il 17 novembre 2010, nella 1098^ riunione dei delegati dei ministri.

come quello alla sopravvivenza, all'educazione, alla salute ed alla famiglia[90].

Un discrimine ancor più rilevante è la scarsa effettività di cui peccano i pochi strumenti operativi riposti nel monitoraggio periodico dei comitati ONU e le raccomandazioni contenute nei rapporti del Relatore speciale sulla libertà religiosa. Ci riferiamo agli organismi istituzionali che si sono occupati di questa tematica, quali il Comitato dei diritti umani e il Comitato dei diritti del fanciullo in ambito ONU, il Relatore speciale sulla libertà religiosa e le Corti regionali sui diritti umani, in particolare la Corte europea di Strasburgo. I comitati delle Nazioni Unite si sono mossi su linee operative molto diverse tra loro.

Il Comitato dei diritti umani si è occupato raramente della libertà religiosa del minore, per giunta senza un approccio chiaro e unico sul ruolo del minore in quanto autonomo e primario soggetto di diritti. Pur considerando come principio guida il progetto educativo, non sembra dare il giusto peso alla necessaria sinergia dei diversi attori: lo Stato, i genitori, le comunità religiose ed i minori.

Il Comitato dei diritti del fanciullo è invece attento alla rilevanza primaria del minore. In uno dei suoi *General Comment* esso ha, infatti, chiarito la triplice natura del principio dei *best interests*, come diritto individuale conferito ai fanciulli, come regola di procedura nell'*iter* di adozione delle decisioni che riguardano il minore e come utile strumento interpretativo adatto a mitigare e bilanciare i differenti interessi in gioco[91].

Il Relatore speciale sulla libertà religiosa pone l'accento soprattutto sul progetto educativo del minore partendo dal bilanciamento tra il ruolo centrale dei genitori ed il minore come parte di una comunità religiosa. L'interesse del minore, per quanto preminente, va sempre rapportato al dovere responsabile dei genitori e al principio di unità della famiglia." La vera modernità non consiste già nel riconoscimento di una più vasta, indiscriminata, apertura alla libertà del minore nella formazione della sua personalità; la vera significativa luce della comunità educatrice consiste nella partecipazione viva e feconda alla vita del gruppo, che viene a prevalere sul carattere autoritario dei prece-

---

[90] Woelk, *Art. 2, Prot. 1*, *ibidem*, p. 814 ss.; 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; Velu Ergec, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 2014, pp. 711 ss., 775 ss.; Schabas, *The European Convention on Human Rights. A Commentary*, Oxford, 2015, pp. 412 ss., 986 ss; Ben Achour, *La Cour européenne des droits de l'homme et la liberté de religion*, Paris, 2005; Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 2011, in particolare pp. 563 ss.;

[91] *No. 14: Article 3, par. 1, The Right of the Child to Have His or Her Best Interests Taken as a Primary Consideration)*, UN Doc. CRC/C/GC/14 del 29 maggio 2013. Cfr. in merito Marcella Di Stefano, *I principi generali della disciplina e la nozione di 'fanciullo'*, in Giovanni Francesco Basini, Giovanni Bonilini, Massimo Confortini (a cura di), *Famiglia, minori, soggetti deboli*, Utet, Torino, 2014, p. 6676 ss.

denti sistemi"[92].

L'assenza tangibile di pronunce giurisprudenziali di Paesi Islamici che recepiscono espressamente il principio del *best interest*, nonostante la sottoscrizione in molti casi della CRC va letta alla luce del principio della gerarchia delle fonti. Nell'ottica islamica, infatti, il superiore interesse del minore rappresenta un valore già tutelato dalle fonti *sharaitiche* (Corano e Sunna) e gli istituti di diritto islamico risultano dunque idoneei a salvaguardarlo. È evidente, quindi che tutte le vicende processuali attivate a protezione dei minori dei paesi islamici vengano risolte utilizzando gli specifici strumenti quali la *Hadhana* e la *Kafala*, che costituiscono il presidio attraverso il quale il *best interest* viene assicurato.

A 30 anni di distanza dalla CRC, ancora molto resta da fare in ordine agli atti destinati a provocare lesioni dei diritti essenziali del minore. Sono necessarie norme di genere contro il matrimonio infantile, riforme giuridiche internazionali *ad hoc* che garantiscano il reale diritto all'istruzione, ai servizi nel campo della salute e della sicurezza, norme che implicano cambiamenti di mentalità e di comportamento, piena e convinta partecipazione delle comunità locali a sistemi di cura e di accoglienza come il minore migrante non accompagnato, da tutelare anche nella transizione all'adultità.

Riassunto

Il 20 novembre 1989 veniva approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite la *Convenzione sui diritti dell'Infanzia e dell'Adolescenza* (CRC), dando vita, negli anni successivi, attraverso la progressiva interpretazione del testo e gli strumenti operativi e di controllo ad un percorso attuativo di protezione del minore. Esso è stato spesso condizionato dai contesti geografici e culturali, in cui la religione acquista sempre più rilevanza sociale ed identitaria.

L'articolo muove dalle tappe evolutive, nel diritto internazionale, del poco esplorato riconoscimento al minore della libertà religiosa. Si pone l'obiettivo di delineare il progressivo spostamento dell'attenzione, nel quadro normativo internazionale, sul superiore interesse del minore quale limite e finalità della sinergia genitori-pubblici poteri nel processo educativo, di fatto comprensivo del sentimento religioso. La significativa presenza nel nostro contesto territoriale di minori stranieri impone di approfondire l'incidenza della religione islamica nella sfera educativa, normativa ed identitaria del minore musulmano. Un'analisi specifica è, quindi, dedicata all'educazione del minore islamico attraverso

[92] Così Alberto Trabucchi, *Il «vero interesse» del minore e i diritti di chi ha l'obbligo di educare*, in *Rivista di diritto civile*, 1988, parte I, p. 766. Inoltre Serena Sileoni, *L'autodeterminazione del minore tra tutela della famiglia e tutela dalla famiglia,* in *Quaderni costituzionali,* 2014, p. 622. Cfr. anche Leonardo Lenti, *"Best interest of the child" o "best interest of the children"*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata,* II, 2010, p. 157.

l'esame sia delle norme del diritto islamico classico che di quelle del diritto positivo emanate dalle Convenzioni internazionali intra-islamiche che hanno legiferato sull'argomento. Completa l'indagine l'evoluzione del concetto del primario interesse del minore alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo e di alcune recenti pronunce della Corte costituzionale convergenti con le fonti sovranazionali, a testimonianza della tutela multilivello del *best interest of child*.

Nel trentennale delle celebrazioni della CRC occorre constatare, in conclusione, che, nonostante essa sia, fra gli accordi adottati nel quadro delle Nazioni Unite in materia di diritti umani, lo strumento che vanta il maggior numero di ratifiche, molto resta ancora da fare per la sua piena attuazione in considerazione anche della scarsa effettività degli strumenti operativi. La tutela minorile della libertà religiosa rimane in ogni caso relegata ad un ruolo di secondo piano, ancillare rispetto ad altri diritti .

Parole Chiave

Libertà religiosa; Convenzione sui diritti dell'Infanzia e dell'Adolescenza; minore islamico; superiore interesse del minore

Abstract

On the 20th of November 1989 The UN General Assembly approved the Convention on the Rights of the Child and Adolescents (CRC), thereby initiating, in the following years, through the progressive interpretation of the text and its operative and regulatory instruments, an effective pathway on the protection of minors. This has often been conditioned by geographic and cultural contexts in which religion has increasingly acquired a socio-identity relevance.

The article follows through evolutionary stages in international law into the seldom-explored recognition of minor's religious freedom. The aim is to outline the progressive shift of focus, within the international regulatory framework, on the best interests of the minor as the limit and purpose of the synergy between parents and public authorities in the educational process, in fact inclusive of religious sentiment. The significant presence of foreign minors in our territorial context requires an in-depth understanding of the Islamic religion and of its influence on the educational , normative and identity sphere of Muslim minor. A specific analysis is therefore dedicated to the education of Islamic minor through the examination of both the rules of norms of classical Islamic law as well as of those emanating from international intra Islamic conventions.

A multi-level protection of the best interest of the child is confirmed in the light of jurisprudence which has evolved in the Strasbourg Court and through other recent pronouncements of the Constitutional Court converging with supranational sources. To conclude, in the thirtieth anniversary celebrations of the CRC, it should be noted that notwithstanding that it is considered, among the foremost agreements in Human Rights adopted by the United Nations, the one with the greatest number of signatories, much more needs to be done for it to be effectively fulfilled, when considering the low efficiency of its operational instruments. In any case, the protection of minor's religious freedom remains relegated to a secondary role, ancillary to other rights.

Key words

Religious freedom; Convention on the Rights of the Child; Islamic minor; best interest of child

Cronaca del Convegno: "1929-2019. Novant'anni di rapporti tra Stato e confessioni religiose. Attualità e prospettive"

Valerio D'Alò

Il novantesimo anniversario dell'entrata in vigore dei Patti Lateranensi e della legge n. 1159/1929 (cd. "sui culti ammessi") ha costituito un'occasione di confronto sulla tematica dei rapporti tra Stato e confessioni religiose, in un incontro tenutosi il 30 e il 31 ottobre 2019 presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Napoli "Federico II", su iniziativa della Prof.ssa Maria d'Arienzo, titolare della prima cattedra di Diritto Ecclesiastico.

Il Convegno ha rappresentato un'importante opportunità di riflessione sull'attualità degli strumenti giuridici e politici attraverso cui i rapporti tra Stato e confessioni religiose si sono realizzati e continuano ad evolversi. Come è noto, il tema delle relazioni Stato-confessioni religiose è da riguardarsi sia in una prospettiva strettamente giuridica sia nel contesto politico-diplomatico, non limitato alle relazioni interstatuali, ma comprensivo anche dei rapporti tra le stesse confessioni religiose, i cui risultati, in una sorta di moto convettivo, si riflettono e si ripercuotono sulle prime. Al riguardo, la Prof.ssa Maria d'Arienzo, in sede di relazione introduttiva, ha sottolineato, altresì, come in un siffatto contesto si assista all'emersione e al consolidamento di una "bilateralità diffusa", cioè di un confronto che non si esaurisce al solo livello di vertice, ma che coinvolge tutti gli attori sociali e istituzionali, mediante accordi ed intese ai diversi livelli del processo normativo.

E proprio sulla base di queste coordinate ermeneutiche è stato ideato e strutturato il Congresso, il cui primo giorno è stato dedicato all'analisi delle dinamiche giuridiche e politiche delle relazioni internazionali della Santa Sede, nonché alla consequenziale conformazione del diritto vaticano al diritto internazionale. Il tutto suggellato dall'intervento del Segretario di Stato di Sua Santità S. Em. Card. Pietro Parolin, il quale è stato simbolicamente accolto dal Sindaco della Città di Napoli, dott. Luigi De Magistris, la cui presenza, come quella di tutte le Autorità accademiche, ha voluto sottolineare l'importanza della disciplina ecclesiasticistica quale settore della scienza giuridica italiana particolarmente apprezzato a livello internazionale, come ricordato dal Prof.

Carlo Fantappiè, nonché il ruolo che essa è chiamata a svolgere nella gestione delle istanze che emergono dalla società odierna, sempre più inclusiva ed aperta al pluralismo (non solo) religioso. La seconda giornata dei lavori, invece, è stata incentrata sulla valutazione degli strumenti normativi che disciplinano i rapporti tra lo Stato italiano e le confessioni religiose diverse da quella cattolica, discutendo sulla perdurante attualità della legislazione del 1929, nonché di quella di stampo bilaterale come sino ad ora realizzatasi.

Temi, questi, che hanno sollecitato una partecipata riflessione alla platea dei convegnisti. In particolare, dalla discussione svoltasi è stato possibile individuare due *fils rouges*: l'uno, costituito dall'esame della dimensione diplomatico-internazionale; l'altro, dall'analisi degli strumenti giuridici adoperati nella regolamentazione dei rapporti tra ordinamento civile interno ed ordinamenti confessionali.

Per quel che concerne la prima dimensione, è apparsa una sostanziale uniformità di vedute nella valutazione di uno scenario che, come icasticamente osservato dal Presidente emerito della Corte costituzionale Prof. Francesco Paolo Casavola, è passato dall'uso delle "spade di Bonifacio VIII" a quello della "diplomazia religiosa". Questo processo, infatti, è storicamente testimoniato, tra l'altro, dal progressivo consolidamento del sistema delle Nunziature apostoliche, così come ricordato dall'Ambasciatore d'Italia presso la Santa Sede S. Ecc. Pietro Sebastiani, il quale ha evidenziato le peculiarità che tali organi presentano rispetto alle strutture diplomatiche statuali. E i risultati dell'attività diplomatica della Santa Sede si sono altresì riverberati nei rapporti tra gli Stati, così come ricordato dall'Ambasciatore della Turchia presso la Santa Sede S. Ecc. Lütfullah Göktas con specifico riferimento ai rapporti tra il suo Paese e mondo occidentale.

E la prospettiva dialogica costituisce, come sottolineato dal Prof. Marco Ventura, un elemento imprescindibile del nuovo modo di svolgere la "diplomazia religiosa", nonché della disciplina del fattore religioso *tout court*, che investe anche il piano dei rapporti interni tra le confessioni religiose e l'ordinamento statuale.

Di quest'ultima circostanza, come noto, costituisce esemplare realizzazione la legislazione di stampo bilaterale, espressa nei Patti Lateranensi e nello strumento delle leggi di approvazione delle intese stipulate con le confessioni religiose diverse da quella cattolica.

Con specifico riferimento ai rapporti tra Chiesa e comunità politica, di particolare rilievo è stato l'intervento di S. Em. Card. Pietro Parolin, il quale ha sottolineato la rilevanza dei Patti del Laterano dal punto di vista dell'espresso riconoscimento in capo alla Santa Sede della soggettività internazionale, fugando ogni possibile remora al riguardo, così come prospettata da alcune

teorie della dottrina internazionalistica dell'epoca. Grazie a tale strumento, si è resa possibile l'apertura di uno spazio giuridicamente definito, che ha dato modo alla Santa Sede di difendere gli interessi della Chiesa, intesa non solo come istituzione, ma anche (e soprattutto) come confessione, e di opporsi all'imperante separatismo laicista nonché ai totalitarismi del Novecento.

Inoltre, come è stato evidenziato dal Prof. Antonio Palma, il Trattato e il Concordato hanno assicurato novant'anni di ininterrotta pace religiosa in Italia, e ciò in quanto il modello di legislazione bilaterale è espressione di un *pacisci*, cui è sottesa una dimensione dialogica che non è assolutamente opportuno sradicare dal costume nazionale, attuando, come rilevato dal Prefetto Michele di Bari (Capo del Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione -Ministero dell'Interno), quel principio di *sana cooperatio*, ribadito nell'art. 1 dell'Accordo di Villa Madama, volto alla promozione dell'uomo e alla ricerca del bene comune. E in una prospettiva storica, il Prof. Alberto Melloni ha osservato che, anche se il regime concordatario non abbia impedito l'accumularsi di tensioni, il richiamo dei Patti Lateranensi nel dettato dell'art. 7 della Costituzione ha consentito di ottenere dalla Chiesa una convinta adesione alla costruzione dello Stato democratico.

Tuttavia, non è emersa una valutazione unitaria della normativa in atto, restando aperte talune problematiche, cui il dibattito ha provato a fornire delle soluzioni. Specificamente, il *punctum pruriens* è rappresentato dalla coesistenza nell'ordinamento interno di due diversi modelli di legislazione – bilaterale e unilaterale –, che sottenderebbe una discriminazione tra le diverse confessioni religiose.

Su di un piano più generale ed alla luce delle relazioni congressuali è apparso possibile individuare due orientamenti abbastanza chiari.

Da un lato, si è posto l'indirizzo di chi, come il Prof. Pierluigi Consorti, ha contestato *in toto* il sistema bilaterale, accusato di non riuscire a realizzare a pieno il valore della laicità, dal momento che la legislazione concordata finisce col derubricare la responsabilità statale in una logica di laicità "solo economicamente rilevante", non riuscendo a superare la concezione della libertà religiosa delle confessioni acattoliche come "libertà delle minoranze". Linea di pensiero, questa, cui è possibile ricondurre anche chi, come il Prof. Vincenzo Pacillo, nel sottolineare l'intrinseca coerenza del sistema realizzato con la legislazione del '29, ne ha sottolineato l'inadeguatezza rispetto all'eguaglianza nei diritti delle confessioni acattoliche.

Dall'altro lato, alla suddetta lettura, hanno fatto da contraltare le relazioni del Prefetto Giovanna Maria Rita Iurato (Direttore Centrale degli Affari dei Culti) e del Viceprefetto Alessio Sarais (Direzione Centrale degli Affari dei Culti), i quali hanno illustrato la prassi amministrativa del Ministero

dell'Interno in materia di applicazione della normativa sui rapporti tra Stato e confessioni religiose. In particolar modo, il Prefetto Iurato ha evidenziato come, all'esito dell'entrata in vigore della Costituzione, l'applicazione della legge "sui culti ammessi" n. 1159/1929 non si risolva affatto in valutazioni di impronta discriminatoria nell'accordare o meno il riconoscimento della personalità giuridica agli enti confessionali ovvero le previste autorizzazioni di legge, non attenendo la natura del controllo esercitato dalla Direzione degli Affari dei Culti all'indagine sul credo religioso o sui riti. Anzi, si può benissimo affermare che l'ordinamento italiano sia improntato ad una laicità "per addizione", tale perché incoraggia l'ingresso di nuovi attori nell'ordinamento. E nella stessa ottica, il Viceprefetto Sarais, nell'illustrare la giurisprudenza del Consiglio di Stato in materia di rapporti con le confessioni acattoliche, ha comprovato come la discrezionalità amministrativa nell'approvazione governativa del ministro di culto sia ancorata a parametri oggettivi e predeterminati, unicamente volti ad evitare che l'istanza sia strumentale ad una mera forma di legittimazione dell'organismo religioso in seno alla realtà sociale in cui opera, senza che vi sia una reale esigenza di collegare agli atti compiuti dal ministro la produzione di effetti giuridici nell'ordinamento statale. Con la stessa angolatura si pongono le considerazioni del Prof. Salvatore Bordonali, circa l'Intesa con l'associazione "Chiesa d'Inghilterra", la cui recentissima stipula sarebbe da rinvenirsi nella circostanza che la legge sui culti ammessi non va a limitare l'ambito di libertà riconosciuto in Costituzione a tutte le confessioni religiose, ma fornisce la normativa di riferimento ai fini dell'efficacia civile di certe manifestazioni della dimensione religiosa della vita.

Si segnala, infine la lettura proposta dal Prof. Antonio Fuccillo, il quale, asserendo sulla base dell'art. 8, co. 2, Cost. la non riconducibilità delle confessioni religiose alle mere associazioni di diritto comune, attesa la loro natura istituzionale, ha prospettato la possibilità di giungere a delle "intese senza intesa", ovverosia a degli strumenti normativi di natura regolamentare di tipo concordato, assimilabili ai c.d. "schemi negoziali" di cui alle leggi Bassanini.

Il Convegno ha offerto anche altri *focus* di approfondimento tra cui, *in primis*, l'evoluzione dei rapporti tra diritto vaticano e diritto internazionale, che è stata affidata alla sessione presieduta dal Presidente emerito della Corte costituzionale Prof. Giuseppe Tesauro, ed ha visto le relazioni dei Proff. Gian Piero Milano (Promotore di Giustizia del Tribunale dello Stato Città del Vaticano) e Alessandro Diddi (Promotore di Giustizia aggiunto del Tribunale dello Stato Città del Vaticano). In particolare, il Prof. Milano ha evidenziato come il diritto vaticano, soprattutto all'indomani della legge 1 ottobre 2008, n. LXXI – modificativa della disciplina delle fonti del diritto –, si stia sempre più conformandosi al diritto internazionale, cui è stato conferito un rango

quantomeno superlegislativo, in analogia con quanto previsto negli altri ordinamenti giuridici. Circostanza, questa, che non fa altro che inserire il diritto vaticano nel circuito dell'effettività del diritto internazionale. Tuttavia, come illustrato dal Prof. Diddi sui novant'anni del Codice di procedura penale dello Stato vaticano, ulteriori passi in tal senso devono essere ancora compiuti, dal momento che, ad esempio, le pronunce dei tribunali trasteverini non sono sindacabili davanti alla Corte EDU, ponendo evidenti problematiche sul piano della cooperazione giudiziaria, nonostante la presenza di elementi di estrema modernità nella procedura penale vaticana.

L'altro *focus* è stato rappresentato dall'analisi dei rapporti tra giurisdizione civile e giurisdizioni confessionali, nonché delle relazioni intercorrenti tra "libertà di discussione in materia religiosa" e "libertà di propaganda", affidate agli interventi del Prof. Pietro Lo Iacono e del Prof. Jlia Pasquali Cerioli, svolti nella sessione presieduta dal Prof. Manlio Miele. Il Prof. Lo Iacono ha ripercorso le posizioni giurisprudenziali circa la natura del sindacato esercitabile sui provvedimenti disciplinari adottati dalle confessioni religiose nei confronti dei propri adepti, rilevando la mancanza di una presa di posizione univoca da parte dei giudici, i quali, talora, ritengono di poter effettuare un sindacato penetrante, sulla base dell'assunto della ammissibilità dei gruppi confessionali alle associazioni di diritto comune; talaltra, invece, ritengono di non poter sindacare siffatti provvedimenti (è stato ricordato, al riguardo, il celebre "caso *mamzèr*" del 1912: cfr. *ex multis* Y. Colombo, *Deuteronomio e Talmùd alla pretura di Livorno cinquant'anni fa*, in *La Rassegna Mensile di Israel*, terza serie, Vol. 29, n. 5, 1963, pp. 207 ss.), attribuendo ad essi un'efficacia di tipo indiretto. Il Prof. Pasquali Cerioli, invece, ha sottolineato come alla diversa terminologia rappresentata dalle espressioni "libertà di discussione in materia religiosa" – desumibile dall'art. 5 della legge n. 1159/1929 – e "libertà di propaganda" (art. 19 Cost.) – che, sicuramente, ricomprende la prima – sia sottesa una diversa concezione della libertà religiosa: in particolare, la legge n.1159/1929, nel garantire solo la cd. "discussione elevata", finiva con l'accogliere una dimensione sostanzialmente "aristocratica" della stessa, che non può non porsi in contrasto con la dimensione costituzionale; diversità di prospettive che, secondo il Prof. Pasquali Cerioli, sembra, invero, essere trascurata da alcune recenti pronunce di legittimità (cfr. *ex multis* Cass. pen., III sez., n. 1952/2017).

A conclusione dei lavori si è svolta la cerimonia di consegna dei quattro volumi in onore del Maestro Prof. Mario Tedeschi "*Il diritto come scienza di mezzo*", editi nel 2018 per i tipi della "Luigi Pellegrini Editore", a cura della Prof.ssa Maria d'Arienzo.

Considerazioni sul concetto di felicità tra religione, diritto e politica[*]

Maria d'Arienzo

Sommario: 1. *La nozione di "felicità" nel linguaggio giuspolitico* – 2. *Il "diritto ad essere felici" nel Magistero di Papa Francesco* – 3. *La felicità nel linguaggio dei diritti*

1. La nozione di "felicità" nel linguaggio giuspolitico

È ben noto che il termine "felicità" sia espressamente previsto in alcune Costituzioni e rivendicata come diritto[1]. Prima ancora della *Dichiarazione di Indipendenza degli Stati Uniti d'America*, che annovera la "ricerca della felicità" tra i diritti inalienabili e naturali dell'uomo insieme alla vita e alla libertà[2], la "felicità della Nazione" veniva rivendicata già nel 1755 dal popolo della

---

[*]Il testo riproduce, con l'aggiunta di note bibliografiche, la relazione tenuta al Convegno: "*La cultura della felicità: attualità di un problema*", organizzato dal Centro di Iniziativa Giuridica "Giambattista Vico", CEDIG Napoli, presso l'Auditorium "Donnaromita", 14 dicembre 2019.

[1] Per una ricostruzione storico-filosofica del concetto, cfr. Letizia Gianformaggio, *Diritto e felicità,* Ed. Comunità, Milano, 1979; Gianfrancesco Zanetti, *Amicizia, felicità, diritto*, Carocci, Roma, 1998; Gabriella Valera, *Profili giuridici della felicità*, in Cesare Vetter (a cura di), *La felicità è un'idea nuova in Europa. Contributo al lessico della rivoluzione francese*, I, Edizioni Università di Trieste, Trieste, 2005, pp. 80-100; Antonio Trampus, *Il diritto alla felicità I. Storia di un'idea,* Laterza, Roma-Bari, 2008; Gustavo Zagrebelsky, *Sul diritto alla libera ricerca della felicità*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, IV, Jovene, Napoli, 2011, p. 3363 ss.; Anna Maria Rao (a cura di), *Felicità pubblica e felicità privata nel Settecento*, Edizioni di Storia e Letteratura, Roma, 2012. Si vedano, inoltre, i contributi pubblicati nel fascicolo 3 del 2012 e fascicolo 1 del 2013 in *Filosofia politica. Materiali per un lessico politico europeo:«Felicità 1», «Felicità 2»;* e i contributi raccolti in *L'uomo e la ricerca della felicità. Atti del Seminario organizzato dalla Biblioteca del Senato "Giovanni Spadolini", Roma, 15 febbraio 2018*, Ed. Senato della Repubblica, Roma, 2018; Roberto Tiberi, *Il diritto alla felicità*, Novalogos, Anzio-Lavinio (Rm), 2019.

[2] Sulla "ricerca della felicità" nella Dichiarazione di Indipendenza degli Stati Uniti d'America, cfr. Giancarlo Cioppi, *Per una ricerca su libertà e eguaglianza nel costituzionalismo moderno. L'idea di felicità e di bene comune nelle carte dei diritti delle rivoluzione americana*, in *Il diritto ecclesiastico*, I, 1993, pp. 862-894; Carli N. Conklin, *The Origins of the Pursuit of Happiness*, in *Washington University Jurisprudence Review*, 7, 2015, 2, pp. 195-262; Enrico Graziani, *Giudice del proprio benessere. Happiness and Wretchedness: Thomas Jefferson, David Walker*, Edizioni Nuova Cultura, Roma, 2015; Giuliana Iurlano, Antonio Donno, *La nascita degli Stati Uniti d'America. Dichiara-*

Corsica che si ribellava alla Repubblica di Genova, nel programma di organizzazione del nuovo Stato delineato dal generale Pasquale Paoli[3]. La felicità è menzionata in accostamento alla nascita del popolo riunito in assemblea quale nuovo soggetto politico di cui la Costituente rappresenta la rottura con il vecchio sistema e la nascita di un nuovo Stato organizzato sui valori della libertà[4].

Se nella *Dichiarazione d'Indipendenza degli Stati Uniti* del 1776 la felicità è annoverata tra i diritti inalienabili che possono essere perseguiti dal singolo uomo, non solo dal governo, nella *Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino* approvata dall'Assemblea Costituente francese il 26 agosto 1789, si può leggere che il potere legislativo e il potere esecutivo devono rapportarsi al popolo avendo «sempre per risultato il mantenimento della Costituzione e la *felicità di tutti*»[5]. In questo caso, pertanto, la felicità è un obiettivo che sono

---

zione d'Indipendenza ed esordio sulla scena internazionale, Franco Angeli, Milano, 2017; Carl L. Becker, *The Declaration of Independence. A Study in the History or Political Ideas*. [I ed. Harcourt, Brace and Co., New York, 1922], Creative Media Partners, LLC, Buffalo, WY, 2019; Cfr., inoltre, Umberto Vincenti, *Dichiarazione dei diritti della Virginia (1776)*; Carlo Calvieri, *Dichiarazione di Indipendenza degli Stati Uniti d'America (1776). Costituzione degli Stati Uniti d'America (1787)*, nonché Luciana Delfini, *Carta dei diritti degli Stati Uniti d'America (1791) e successivi emendamenti (1795-1992)*, in Alarico Mariani Marini, Umberto Vincenti (a cura di), *Le Carte storiche dei diritti: raccolte di carte, dichiarazioni e costituzioni con note esplicative*, Pisa University Press, Pisa, 2013, rispettivamente pp. 49-56; 57-70; 71-84.

[3] «La Dieta generale del Popolo di Corsica lecitamente patrone di se medesimo […] volendo, riacquistata la sua libertà, dar forma durevole e costante al suo governo riducendoli a costituzione tale, che da essa ne derive la *felicità della Nazione*, ha decretato…». Il testo del documento è stato edito in edizione moderna curata da Pasquale Costanzo, in *Costituzione della Corsica 1755*, Liberilibri, Macerata, 2008. Cfr. la traduzione francese e il commento di Dorothy Carrington, *La Constitution de Pascal Paoli: 1755, texte intégral*, Éditions La Marge, Ajaccio, 1996; Ead., *Le texte original de la constitution de Paquale Paoli*, in *Bulletin de la Sociétés des Sciences historiques et naturelles de la Corse*, 96, 1976, pp. 7-39; Antonio Trampus, *Rousseau et l'île de la constitution*, in *Pasqaule de Paoli (1725-1807). La Corse au cœur de l'Europa des Lumières*, Éditions Albiana, Ajaccio, 2007; François Quastana, Victor Monnier (eds.). *Paoli, la révolution corse et les Lumières. Actes du colloque international organisé à Genève, 7 décembre 2007*, A. Piazzola ed.– Schulthess ed., Ajaccio – Zürich, 2008; Fabrizio Dal Passo, *Il Mediterraneo dei lumi. Corsica e democrazia nella stagione delle rivoluzioni*, Bibliopolis, Napoli-Roma, 2007; Id., *«Amici e non di ventura». Francia e Inghilterra nei documenti della Corsica rivoluzionaria (1718-1815),* I, Edizioni Accademiche italiane, 2016.

[4] Cfr. Antonio Trampus, *Il diritto alla felicità. Storia di un'idea*, cit., pp. 182-185; Luca Mannori, *Costituzione. Note sull'emersione del concetto nell'Italia del Settecento*, in *Quaderni fiorentini. Storia del pensiero giuridico moderno*, Giuffrè, Milano, 2016, pp. 87-126, particolarmente pp. 105-106.

[5] «I rappresentanti del popolo francese costituiti in Assemblea Nazionale, considerando che l'ignoranza, l'oblio o il disprezzo dei diritti dell'uomo sono le uniche cause delle sciagure pubbliche e della corruzione dei governi, hanno stabilito di esporre, in una solenne dichiarazione, i diritti naturali, inalienabili e sacri dell'uomo, affinché questa dichiarazione costantemente presente a tutti i membri del corpo sociale, rammenti loro incessantemente i loro diritti e i loro doveri; affinché maggior rispetto ritraggano gli atti del Potere legislativo e quelli del Potere esecutivo dal poter essere in ogni istante paragonati con il fine di ogni istituzione politica; affinché i reclami dei cittadini, fondati d'ora innanzi su dei principi semplici ed incontestabili, abbiano sempre per risultato il mantenimento della Costituzione e la felicità di tutti». Per il testo in lingua originale si rinvia all'indirizzo: *https://*

le leggi e il governo a dover garantire al popolo[6]. Del resto, il riferimento alla felicità collettiva è rinvenibile sin dall'art. 1 della *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 1793, in cui si dichiara espressamente che: «Lo scopo della società è la *felicità comune*. Il Governo è istituito per garantire all'uomo il godimento dei suoi diritti naturali e imprescrittibili»[7].

Riveste un certo interesse ricordare che già tuttavia dal 1604 il riferimento alla "felicità della Francia" è presente nella Messa solenne "*pro felici ac prospero statu Galliae*" che il Capitolo della Basilica di San Giovanni in Laterano celebra ancora oggi ogni 13 dicembre, giorno dell'anniversario della nascita di Enrico IV[8].

Il diritto al "perseguimento della felicità" è sancito, inoltre, anche in tempi moderni nella *Costituzione giapponese* del 1947. All'art. 13 si legge: «Tutte le persone che costituiscono il popolo saranno rispettate come individui ed il *loro diritto alla vita, alla libertà ed al perseguimento della felicità,* entro i limiti del benessere pubblico, costituiranno l'obiettivo supremo nella legislazione e negli affari di governo»[9]. Rispetto alla Dichiarazione americana, il

---

www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/declaration-des-droits-de-l-homme-et du-citoyen-de-1789. Cfr. inoltre Claude-Albert Colliard, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*, La documentation française, Paris, 1990. Il testo in traduzione italiana della *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789* è rinvenibile su molti siti web. Tra le pubblicazioni a stampa, per tutti, cfr. il testo con commento di Paolo Grossi, nel vol. Alarico Mariani Marini, Umberto Vincenti (a cura di), *Le Carte storiche dei diritti: raccolte di carte, dichiarazioni e costituzioni con note esplicative*, cit., pp. 85-91.

[6] Cfr. Cesare Vetter, *Creare un uomo nuovo: la Rivoluzione francese e la nuova idea di felicità*, in *Endoxa*. Rivista telematica, 27 gennaio 2017. Sulla differenza tra la concezione individualista sottesa alla "ricerca della felicità" tipica degli Stati Uniti d'America e quella organicistica-pubblicistica del "diritto alla felicità" francese cfr. Alessandro Pace, *La felicità tra Jefferson e Robespierre. Una sintesi storiografica*, in *Lo Stato*, 6, 2018, pp. 91-121; Id., *Ricerca della felicità e felicità comune: Jefferson e Robespierre*, in *L'uomo e la ricerca della felicità. Atti del Seminario organizzato dalla Biblioteca del Senato "Giovanni Spadolini", Roma, 15 febbraio 2018*, cit., pp. 97-146.

Sulla dimensione religiosa della nozione di felicità robesperriana, cfr. Cesare Vetter, Marco Marin, *La nozione di felicità in Robespierre*, in Cesare Vetter (a cura di), *La felicità è un'idea nuova in Europa. Contributo al lessico della rivoluzione francese*, cit., pp. 22-79, in particolare pp. 46-49.

[7] Il testo è consultabile, *inter aliis*, all'indirizzo: *https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-constitutions-dans-l-histoire/constitution-du-24-juin-1793*. Il testo della *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 1793 è pubblicato, inoltre, con commento di Geminello Preterossi, in Alarico Mariani Marini, Umberto Vincenti, *Le Carte storiche dei diritti: raccolte di carte, dichiarazioni e costituzioni con note esplicative*, cit., pp. 93-105.

[8] Con l'atto di donazione da parte di Enrico IV delle entrate dell'abbazia di Clairac al Capitolo della Basilica di San Giovanni in Laterano veniva istituita, con una speciale clausola, una Messa solenne da celebrarsi il 13 dicembre, anniversario della nascita del re. Dopo la sua morte, la Messa viene ancora celebrata annualmente per il re di Francia e "*pro felici ac prospero statu Galliae*". Cfr. Paul Fiel, *Le Chapitre du Latran et la France*, A. Picard, Paris, 1935, p. 22.

[9] Il testo della Costituzione giapponese del 1947 è reperibile in traduzione italiana all'indirizzo: *http://legislature.camera.it/_dati/costituente/documenti/ministerocostituente/p2_Vol1_12.pdf*.

Giappone aggiunge i limiti fondamentali per il rispetto dell'altro nella ricerca della felicità individuale, ponendo un contemperamento tra il diritto alla felicità di ogni uomo e il diritto collettivo al benessere pubblico. Indica pertanto due dimensioni del concetto giuridico di felicità, una pubblica e una privata, ma soprattutto la formulazione della Costituzione giapponese evidenzia la stretta correlazione, tra l'altro presente anche nel linguaggio comune e non strettamente giuridico, tra felicità e benessere.

Non è senza rilievo sottolineare infine che il riferimento alla felicità ha trovato accoglienza nell'ambito dell'Organizzazione delle Nazioni Unite (ONU), la cui Assemblea generale, con la Risoluzione A/RES/66/281, nel 2012, ha istituito la "*Giornata Internazionale della felicità*" che si celebra il 20 marzo di ogni anno[10]. Nell'occasione, l'allora Segretario generale Ban Ki-moon ha ribadito che: «*Felicità è aiutare gli altri*. Quando con le nostre azioni contribuiamo al bene comune, noi stessi ci arricchiamo. È la solidarietà che promuove la felicità»[11].

Questa definizione di felicità evidenzia tre punti salienti che è possibile cogliere nell'evoluzione del concetto. In primo luogo, la felicità non è configurata in quanto aspirazione intima della persona, tesa al raggiungimento di uno stato di appagamento di tutti i propri desideri, non solo materiali, ma anche spirituali e persino religiosi, bensì è considerata come concetto relazionale. In secondo luogo, la felicità è il frutto e l'espressione di rapporti intersoggettivi improntati al principio di solidarietà. In terzo luogo, è recuperata la radice etimologica di accrescimento e di fecondità del termine, presente già nell'accezione latina di *felicitas* che rimanda alla generatività della vita e alla coltivazione delle virtù. Felicità intesa, quindi, come fioritura umana[12], declinata non solo in termini di benessere individuale e di arricchimento personale nelle relazioni non egoistiche con gli altri, ma anche di bene comune

---

[10] La risoluzione A/RES/66/281 dell'Assemblea dell'ONU, stabilisce che: «L'Assemblea generale [...] consapevole che la ricerca della felicità è uno scopo fondamentale dell'umanità, [...] riconoscendo inoltre un approccio più inclusivo, equo ed equilibrato alla crescita economica che promuova lo sviluppo sostenibile, l'eradicazione della povertà, la felicità e il benessere di tutte le persone, decide di proclamare il 20 marzo la Giornata Internazionale della Felicità, invita tutti gli stati membri, le organizzazioni del sistema delle Nazioni Unite, e altri organismi internazionali e regionali, così come la società civile, incluse le organizzazioni non governative e i singoli individui, a celebrare la ricorrenza della Giornata Internazionale della Felicità in maniera appropriata, anche attraverso attività educative di crescita della consapevolezza pubblica». Cfr. il sito: *https://documents-dds-ny.un.org*.

[11] Il messaggio è riportato da diversi siti, tra cui: *http://www1.adnkronos.com*.

[12] Sulle diverse accezioni del concetto di felicità nella cultura greca e latina, cfr. Davide Susanetti (a cura di), *La felicità degli antichi. Idee e immagini di una buona vita*, Feltrinelli, Milano, 2018. Cfr. inoltre le riflessioni di Lucio Romano e Umberto Curi, in *L'uomo e la ricerca della felicità. Atti del Seminario organizzato dalla Biblioteca del Senato "Giovanni Spadolini", Roma,15 febbraio 2018*, cit., pp. 13-20, specificamente pp. 14 -18; e pp. 55-61, in particolare pp. 56-60.

e di progresso sociale e umano[13].

La felicità non si limita quindi a restare solo un diritto, bensì si inscrive nella "cultura dei doveri". Ma soprattutto, e questo appare opportuno sottolineare, non è più "la ricerca della felicità" meramente individuale il contenuto del diritto soggettivo, ma è la solidarietà, quale criterio dell'agire sociale, economico e giuridico a costituire il valore di riferimento per la promozione della felicità. In tale concettualizzazione, la felicità privata si interseca con quella pubblica, o meglio quella individuale non è slegata da quella collettiva intesa come bene comune.

2. *Il "diritto ad essere felici" nel Magistero di Papa Francesco*

La dimensione relazionale della felicità non sembra in tale ultima accezione essere del tutto confliggente con i valori propri di una visione religiosa e specificamente cattolica. Basti pensare alle parole di Papa Francesco che nell'Esortazione Apostolica *Evangelii Gaudium* scrive: «Può essere missionario solo chi si sente bene nel cercare il bene del prossimo, chi desidera *la felicità degli altri (…)* Perciò, se riesco ad aiutare una sola persona a vivere meglio, questo è già sufficiente a giustificare il dono della mia vita»[14]. Ma

---

[13] Robert Spaemann, *Felicità e benevolenza*, Vita e Pensiero, Milano, 1998. Per una visione etica dell' economia nel perseguimento della felicità come bene comune, cfr. Luigino Bruni, Stefano Zamagni, *Economia civile. Efficienza, equità, felicità pubblica*, Il Mulino, Bologna, 2004; Luigino Bruni, Pier Luigi Porta, *Felicità ed economia. Quando il benessere è ben vivere*, Guerini e Associati, Milano, 2004; Daniel Kahneman, *Economia della felicità*, Il Sole 24 ore, Milano, 2007; Stefano Carati, *Per un'economia della felicità. Verso un mondo conviviale*, Pazzini editore, Rimini (Rn), 2011; Bruno S. Frey, Claudia Frey Marti, *Economia della felicità*, Il Mulino, Bologna, 2012; Stefano Bartolini, *Manifesto per la felicità: come passare dalla società del ben-avere a quella del ben-essere*. Feltrinelli, Milano, 2013; Emanuele Felice, *Storia economica della felicità*, Il Mulino, Bologna, 2017; Luigino Bruni, *La pubblica felicità. Economia politica e Political Economy a confronto*, Vita e pensiero, Milano, 2018.

Particolarmente significativa appare la recente attivazione anche in Italia di corsi specifici in "Economia della felicità", del resto già esistenti nelle Università americane. A partire dall'anno accademico 2018-2019 ne sono stati inaugurati due: l'insegnamento di "Economia della felicità" afferente al settore scientifico disciplinare di Economia politica (SECS-P/01) nel Corso di laurea magistrale in Economia del Dipartimento di Economia politica e statistica dell'Università degli Studi di Siena; ed il corso in "Economia della felicità", nel Master in "Risorse umane" presso l'Università degli Studi di Palermo, su iniziativa congiunta del Dipartimento di Scienze Psicologiche, Pedagogiche, dell'Esercizio Fisico e della Formazione e del Dipartimento di Scienze Economiche, Aziendali e Statistiche. Le notizie sono reperibili agli indirizzi: *https://www.unisi.it/ugov/degreecourse/260437* e *https://www.unipa.it/Primo-corso-per-crediti-formativi-in-Economia-della-Felicità*.

[14] *Esortazione Apostolica Evangelii Gaudium del Santo Padre Francesco ai Vescovi, ai presbiteri e ai diaconi, alle persone consacrate e ai fedeli sull'annuncio del Vangelo nel mondo attuale*, par. 182. Il testo è consultabile all'indirizzo:*http://www.vatican.va/content/francesco/it/apost_exhortations/documents/papafrancesco_esortazione-ap_20131124_evangelii-gaudium.html*.

è nella Enciclica *Laudato si'* che la felicità viene definita come un diritto: «L'essere umano è una creatura di questo mondo, che ha *diritto a vivere e ad essere felice*»[15]. Anche in *Amoris Laetitia* il termine felicità ricorre ben ventitrè volte, anche declinato in forma aggettivale, mentre molte altre volte è menzionata la parola gioia. Il rapporto tra felicità e gioia, spesso ricorrente nel registro comunicativo di Papa Francesco, appare sottolineare come il desiderio di felicità dell'uomo possa tracciare il cammino verso la ricerca del bene personale e sociale nella realizzazione della fede cristiana. Al n. 138 dell'Esortazione Apostolica *Amoris Laetitia* è ribadito che il riconoscimento del diritto di ognuno ad essere felice si attua attraverso il dono, il dialogo e la valorizzazione dell'altro. Consiste, in altri termini nell'aiutarsi reciprocamente nel superare le difficoltà e gli ostacoli per godere della gioia della dedizione e della pienezza della vita[16].

Come appare evidente, sia nella visione religiosa, sia in quella laica la felicità sembra in un certo senso sfuggire ad una sua declinazione in senso prettamente giuridico, ma appare quale concetto programmatico e come valore sotteso alla realtà giuridica ordinamentale di riferimento. In altri termini, il richiamo alla felicità come diritto è declinato nella visione laica come diritto al "perseguimento della felicità" o alla "ricerca della felicità" – come nella Costituzione giapponese del 1947 e nelle Dichiarazioni d'indipendenza degli Stati Uniti d'America – oppure come diritto alla "felicità comune" che il potere pubblico deve garantire ad ognuno attraverso la tutela dei diritti dell'uomo e del cittadino, come nelle Dichiarazioni francesi dei diritti. Differente appare invece la declinazione del concetto nell'espressione "diritto ad essere felici", adoperata da Papa Francesco.

---

[15] *Lettera Enciclica Laudato si' del Santo Padre Francesco sulla cura della casa comune*, par. 44. Il testo è consultabile all'indirizzo: *http://www.vatican.va/content/francesco/it/encyclicals/documents/papafrancesco_20150524_enciclica-laudato-si.html*.

[16] *Esortazione Apostolica postsinodale Amoris Laetitia del Santo Padre Francesco ai Vescovi, ai presbiteri e ai diaconi, alle persone consacrate, agli sposi cristiani e a tutti i fedeli laici sull'amore nella famiglia*: «Sviluppare l'abitudine di dare importanza reale all'altro. Si tratta di dare valore alla sua persona, di riconoscere che ha il diritto di esistere, a pensare in maniera autonoma e ad essere felice. Non bisogna mai sottovalutare quello che può dire o reclamare, benché sia necessario esprimere il proprio punto di vista. È qui sottesa la convinzione secondo la quale tutti hanno un contributo da offrire, perché hanno un'altra esperienza della vita, perché guardano le cose da un altro punto di vista, perché hanno maturato altre preoccupazioni e hanno altre abilità e intuizioni. È possibile riconoscere la verità dell'altro, l'importanza delle sue più profonde preoccupazioni e il sottofondo di quello che dice, anche dietro parole aggressive. Per tale ragione bisogna cercare di mettersi nei suoi panni e di interpretare la profondità del suo cuore, individuare quello che lo appassiona e prendere quella passione come punto di partenza per approfondire il dialogo», n. 138. Il testo è consultabile all'indirizzo: *http://www.vatican.va/content/francesco/it/apost_exhortations/documents/papa-francesco_esortazione-ap_20160319_amoris-laetitia.html*.

Nel primo caso, l'oggetto protetto dal diritto soggettivo alla ricerca della felicità è l'anelito, lo sforzo al conseguimento o allo sviluppo del proprio benessere. In un certo senso, l'accento sembra posto sul dovere dell'autorità e delle leggi di rimuovere gli ostacoli o gli impedimenti che non consentono la giusta tensione verso ciò che è considerato il proprio bene. Un concetto che fa leva sulla libertà dell'individuo non soltanto da ingerenze esterne al proprio spazio di signoria su se stesso, ma anche di promozione delle potenzialità di sviluppo che ogni uomo possiede. Una concezione sicuramente debitrice, o comunque da questa ispirata, anche dall'accentuazione individualistica del cristianesimo di matrice protestante. In altri termini, il "diritto alla ricerca della felicità", appare declinato in termini di tutela e promozione dello spazio di libertà non solo "da", ma anche "di". Ovvero come libertà non solo negativa, ma anche positiva. Felicità che finisce per essere, in ultima analisi, equivalente a "libera realizzazione di se stessi".

A tale visione liberista, si contrappone il diritto alla felicità come "diritto ad essere felici". L'oggetto del diritto non è, in questa espressione, la tensione verso un bene da raggiungere, bensì è la condizione esistenziale dell'uomo, ovvero della sua dignità di persona, che deve essere non soltanto tutelata dal potere pubblico e garantita nei rapporti intersoggettivi privati rispetto a turbative esterne alla propria sfera giuridica, ma è l'espressione dell'impegno di ognuno alla piena realizzazione della propria soggettività nella relazione solidale con l'altro. Non dunque una concezione meramente individualista, ma relazionale, in cui la felicità non si identifica con la mera sfera di libertà e nella pretesa di tutela rispetto al potere pubblico e privato esterno alla propria soggettività, ma è il risultato di un impegno attivo di ciascuno alla realizzazione del proprio diritto in una dimensione intersoggettiva e sociale. Il "diritto ad essere felici", in altri termini, non è completamente sovrapponibile al "diritto alla felicità", in quanto la sua natura non è statica e definita nella convenzionale dialettica ordinamentale tra libertà e autorità – o potere esterno alla propria soggettività intesa come realizzazione dell'autonomia e libertà dell'individuo, in una visione egoistica dei diritti – ma è dinamica, in quanto la sua realizzazione richiede un atteggiamento attivo di proiezione verso l'altro e dunque il superamento dell'individualismo egocentrico nella relazionalità compartecipe e nell'alterità, in cui il bene soggettivo si accresce e si realizza concretamente attraverso la ricerca del bene comune. L' "essere felici", in ultima analisi, anche se non si identifica con esso, si determina, in questa concezione, nella ricerca del bene comune.

3. *La felicità nel linguaggio dei diritti*

E qui veniamo ad un' ultima riflessione.

Le problematiche sottese alla nozione di felicità sono state affrontate anche in relazione ad una sua possibile declinazione giuridica, in termini non solo di principio politico a cui è tesa la regolamentazione della convivenza ordinamentale, ma soprattutto in quanto oggetto di un vero proprio diritto soggettivo tutelabile, pertanto, in termini di esigibilità.

Negli ultimi anni, la dottrina si è interrogata sulla possibile traduzione in termini giuridici della nozione di felicità in riferimento anche all'ordinamento italiano.

Certamente la parola "felicità" non compare nel testo della Costituzione italiana. L'unico riferimento alla "Nazione libera, forte e felice" contenuto nello Statuto Albertino promulgato il 4 marzo 1848 e rimasto in vigore fino al 31 dicembre 1947[17] è stato caducato dalla Costituzione repubblicana vigente dal 1 gennaio 1948. Tuttavia, tale diritto sebbene non espresso costituzionalmente – così come del resto anche nella maggioranza delle altre Costituzioni moderne – potrebbe trovare tuttavia una sua configurazione in quanto diritto esigibile, ossia in termini di pretesa a comportamenti attivi o omissivi da parte sia dei pubblici poteri che dai privati[18]. Diritto soggettivo ricavabile da tutti gli altri diritti sia di libertà sia sociali, proprio per la trasversalità che connota il concetto. Più correttamente può essere inteso, come giustamente affermato, quale "interesse costituzionale alla felicità", in quanto risultante teleologica

---

[17] «Considerando Noi le larghe e forti istituzioni rappresentative contenute nel presente Statuto Fondamentale […] abbiamo determinato di sancirlo e promulgarlo, nella fiducia che […] la *Nazione libera, forte e felice,* si mostrerà sempre più degna dell'antica fama, e saprà meritarsi un glorioso avvenire». La parola "felicità" ricorre anche nel Proclama di Carlo Alberto dell'8 febbraio 1848 che precede la promulgazione dello Statuto fondamentale: «Di questa unione ognor più salda avemmo prove ben consolanti nei sensi, con cui i Sudditi N ostri accolsero le recenti riforme, che il *desiderio della loro felicità* ci aveva consigliate per migliorare i diversi rami di amministrazione, ed iniziarli alla discussione dei pubblici affari». Il testo è consultabile all'indirizzo: *http://legislature.camera.it/_dati/costituente/documenti/ministerocostituente/p2_Vol1_3.pdf*.

[18] In merito alle politiche sociali sulla felicità dei cittadini si veda Albert O. Hirschman, *Felicità privata e felicità pubblica*, il Mulino, Bologna, 1983; ma vedi anche Remo Bodei, Luigi F. Pizzolato, *La politica e la felicità*, Edizioni Lavoro, Roma, 1997. Cfr. inoltre, tra gli altri, Derek Bok, *The Politics of Happiness: What Government Can Learn from the New Research on Well-Being*, Princeton University Press, Princeton, 2010. Vivasvan Soni, *Mourning Happiness. Narrative and the Politics of Modernity*, Cornell University Press, Ithaca-London, 2010; Hiroshi Ono, Kristen Schultz Lee, *Redistributing Happiness: How Social Policies Shape Life Satisfaction*, Praeger, Santa Barbara, 2016; Enrica Asquer, Anna Scattigno, Elisabetta Vezzosi (a cura di), *Felicità della politica, politica della felicità. Cittadinanza, giustizia, benessere in una visione di genere*, Edizioni Università di Trieste, Trieste, 2016.

degli altri diritti costituzionali[19]. Pur essendo un concetto pregiuridico, è pervasivo a tutti gli altri diritti così come il concetto di personalità[20] o ancor più quello del diritto alla salute[21].

Come è stato osservato, il concetto di salute non lo si può definire se non in contrapposizione a quello di malattia. Così quello di felicità non lo si può individuare se non contrapposizione a quello di infelicità[22]. Di conseguenza la sua configurazione in quanto diritto, ossia pretesa in rapporto alle altre situazioni giuridiche soggettive costituzionalmente tutelate, discenderebbe proprio dalla sofferenza provocata dalla violazione dei diritti sia di libertà che sociali posti a presidio della tutela dell'identità della persona e del soddisfacimento dei suoi bisogni[23]. Ciò consentirebbe di superare l'indeterminatezza della nozione giuridica di felicità, il cui contenuto sarebbe ricavabile in via interpretativa dalle altre disposizioni costituzionali finalizzate alla tutela e garanzia delle molteplici esigenze e dunque all'appagamento dei molteplici "bisogni" individuali e collettivi, in quanto interesse trasversale a tutti gli altri diritti codificati[24].

In tale prospettiva, il diritto alla felicità in quanto *ratio* dei diritti fondamentali necessita proprio per la sua concretizzazione della valorizzazione dei doveri costituzionali non solo al rispetto dei diritti, ma anche alla tutela dell'eguale diritto altrui[25].

In conclusione, lungi dall'essere finalizzato alla proiezione giuridica di un individualismo esasperato, il "diritto alla felicità", nel suo significato non in-

---

[19] Gladio Gemma, *Esiste un diritto costituzionale alla felicità?*, *in Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 12, 2008, pp. 523-524. Il testo è consultabile all'indirizzo: *http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/7471/1/AD_12_art_26.pdf*.

[20] *Ivi*, pp. 525-526.

[21] «Se assumiamo una qualunque definizione dizionaristica che qualifica la **"***felicità***"** come una condizione di benessere psichico o psico-fisico e accostiamo ad essa la definizione di "salute" fornita dall'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS), secondo la quale la salute deve essere intesa come il "benessere fisico, psichico e sociale, non consistente soltanto in una assenza di malattia o di infermità", potremmo concludere e rispondere alla domanda che ci siamo fatti in modo negativo: una specificazione non sarebbe necessaria, perché il diritto alla felicità sarebbe già compreso nel garantito diritto alla salute». Così Fabio Ghiselli, *Il diritto alla felicità: da principio astratto a principio costituzionale*, in *Taxpolighis*, novembre 2019, consultabile all'indirizzo: *http://www.taxpolighis.it/il-diritto-alla-felicita-da-principi-astratto-a-diritto-costituzionale*.

[22] Cfr. Gianfrancesco Zanetti, *Amicizia, felicità, diritto*, cit., p. 75 e ss. ove l'A., in ragione del profilo di libertà connessa al diritto alla felicità, configura il consequenziale "diritto all'infelicità".

[23] Cfr. Gabriella Valera, *Profili giuridici della felicità*, cit., p. 96 ss.

[24] Gladio Gemma, *Esiste un diritto costituzionale alla felicità?,* p. 529 ss.

[25] «Qualora […] si associ il solidarismo, la necessità dei doveri, all'istanza della felicità contestando l'idoneità e la funzionalità dell'individualismo a quest'ultima, cioè si armonizzi la "cultura dei diritti" con la "cultura dei doveri" in una teleologia eudaimonistica, si può delegittimare ed emarginare la filosofia individualistica», *Ivi*, p. 531.

teriore, ma esteriore e di relazione[26] può concretamente realizzarsi attraverso il contemperamento tra i diritti dato dal dovere di solidarietà quale espressione della responsabilità di ognuno alla crescita individuale e al progresso sociale[27], in cui il bene del singolo coincide e si realizza solo attraverso il bene comune secondo un principio di giustizia improntata ad equità.

Riassunto

Il contributo intende esaminare il concetto di felicità sia da una prospettiva politica, alla luce del riconoscimento del "diritto alla felicità" contenuto nelle diverse Dichiarazioni dei diritti e Carte costituzionali, che confessionale, a partire dal rilievo assunto da tale concetto nei Documenti del Magistero cattolico, e in particolare nelle più recenti riflessioni di Papa Francesco. Dal confronto tra la concezione laica e religiosa si possono dedurre le linee fondamentali per una possibile configurazione giuridica della felicità in quanto principio pervasivo e teleologico dell'ordinamento che può concretamente realizzarsi attraverso il contemperamento tra i diritti dato dal dovere di solidarietà quale espressione della responsabilità di ognuno alla crescita individuale e al progresso sociale.

Parole chiave

Felicità e politica; felicità e Papa Francesco; felicità e diritto

Abstract

The contribution aims to examine the concept of happiness, both from a juus-political perspective, in the light of the reference to the "right to happiness" contained in the Declarations of Rights and in some Constitutional Charters, and from a confessional perspective, starting from the importance assumed by this concept in the most recent reflections of Pope Francis. From the comparison between the secular and religious conception we draw the foundation of the juridical configuration of happiness as a pervasive and teleological right of the order that needs to be concretely realized through the contemplation between rights given by the duty of solidarity as an expression of everyone's responsibility for social progress.

Key Words

Happiness and Politics; Happiness and Pope Francis; Happiness and Law

---

[26] Cfr. Gabriella Valera, *Profili giuridici della felicità*, cit., p. 83 ss. Sul rapporto tra condizione interiore e relazionale, cfr. Francesco Sofia, *Il* non-luogo *della felicità tra deriva e religione*, in *Dialeghestai. Rivista telematica di filosofia*, 14, 2012, disponibile all'indirizzo: *https://mondodomani.org/dialeghestai*.

[27] Sul rapporto tra doveri e responsabilità, mi sia consentito rinviare, anche per i riferimenti bibliografici, a Maria d'Arienzo, *Il concetto giuridico di responsabilità. Rilevanza e funzione nel diritto canonico*, Luigi Pellegrini editore, Cosenza, 2012, p. 14 ss. e p. 120 ss.

Ecologia integrale secondo la "Laudato si'" e la fiscalità circolare

Lucia Dibilio

Sommario: *1. Premessa. – 2. L'ecologia integrale e la fiscalità ambientale. – 3. L'ambiente e la fiscalità nel percorso "europeo" e nella costituzione interna. – 4. Oltre la finanza neutrale per approdare alla finanza funzionale: il passaggio che rileva il carattere extrafiscale del prelievo. – 5. L'economia circolare e la fiscalità circolare. – 6. L'istituzione dei tributi ambientali nel quadro delle interpretazioni della capacità contributiva. – 7. Gli incentivi fiscali in materia ambientale. – 8. La fiscalità circolare: prospettiva attuale e "futura".*

1. Premessa

L'attenzione della chiesa verso l'ambiente trova la sua massima espressione nell'Enciclica "Laudato si'" di Papa Francesco che manifesta il bisogno di sviluppare un'ecologia integrale, che in quanto tale deve interessare la vita economica, politica e sociale[1].

Il Pontefice, dinnanzi alla questione globale della crisi ecologica, esplica mediante l'enciclica il suo appello di unire tutti alla ricerca di uno sviluppo sostenibile e integrale[2] e tratta aspetti rilevanti quali il senso umano dell'ecologia, la cultura dello scarto e la proposta di un nuovo stile di vita[3].

L'enciclica di Papa Francesco "Laudato si'" sottolinea che i problemi ambientali sono strettamente connessi alla cultura dello scarto e all'incapacità del sistema industriale di assorbire e riutilizzare, alla fine del ciclo di produzione e di consumo, rifiuti e scorie e, inoltre, tale enciclica evidenzia che, per contrastare la cultura dello scarto, occorre adottare un modello circolare di produzione capace di ridurre l'utilizzo delle risorse non rinnovabili, attenuare il consumo, riutilizzare e riciclare[4].

---

[1] Franco Anelli, *La natura come creazione e le responsabilità dell'uomo*, in Claudio Giuliodori, Pierluigi Malavasi (a cura di), *Ecologia integrale. Laudato si'. Ricerca, Formazione, Conversione*, Vita e Pensiero, Milano, 2016, p. 9.

[2] Papa Francesco, *Laudato si'*, n. 13.

[3] Papa Francesco, *Laudato si'*, n. 16.

[4] Papa Francesco, *Laudato si'*, n. 22.

La tematica ambientale, strettamente connessa con il valore centrale della persona umana, rientra nei valori degli ordinamenti giuridici più evoluti atti a veicolare l'operato delle istituzioni pubbliche, e nell'attuale contesto normativo si denota che, pur non essendoci una chiara formulazione normativa-costituzionale di "ambiente" sia a livello comunitario che interno, si attribuisce rilevanza costituzionale[5].

La tutela ambientale necessita dell'intervento di competenze trasversali e, pertanto, si ricorre all'uso di strumenti tecnici, giuridici ed economici, al fine di giungere ad efficienti soluzioni idonee a consentire una tutela complessiva del bene ambiente stesso[6].

L'enciclica "Laudato si'" mira a sensibilizzare le coscienze di ogni singolo e a incitare lo sviluppo di politiche volte a ridurre le emissioni che impattano negativamente sull'ambiente; in tale prospetto, si deve dare centralità alla funzione dello strumento fiscale nelle economie nazionali, destinato non solo a procurare prelievo ma anche a conseguire politiche di lotta ai cambiamenti climatici e di tutela ambientale, consentendo così il passaggio ad un'economia a basso consumo di carbonio[7].

Il legame tra politica e tassazione si pone al centro della tutela ambientale quale bene comune ed è proprio la nozione di bene comune che dovrebbe veicolare il governo delle istituzioni internazionali, nazionali e locali, ed essere il senso e la causa delle politiche ambientali e tra queste della fiscalità ambientale, che è lo strumento di attuazione del bene comune mediante prelievi ambientali disincentivanti o di scopo ed ecoincentivi[8].

La concezione di ambiente quale bene comune, così come delineato dal Papa Francesco nell'Enciclica Laudato si', e correlato ai diritti dell'uomo e della natura porta a riconsiderare la fiscalità e a maturare la consapevolezza che il modello della fiscalità lineare, inclinato a dare priorità solo ai fini fiscali e non a quelli extrafiscali, deve essere superato per costruire il modello della fiscalità circolare, che permette di promuovere il rispetto della natura ricorrendo sia ai tributi ambientali, volti a incidere sulle produzioni che impattano negativamente sulla natura, che agli ecoincentivi fiscali[9].

---

[5] Loredana Strianese, *La prospettiva italiana*, in Fabrizio Amatucci, Roberta Alfano (a cura di) *Ordinamenti tributari a confronto. Problematiche comuni e aspetti procedimentali. Italia, Spagna e Colombia*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 394-395.

[6] Claudio Sciancalepore, *Cambiamenti climatici e green taxes*, Cacucci, Bari, 2016, pp. 24-25.

[7] Si veda *Ivi,* pp.15-16.

[8] Antonio Felice Uricchio, *I Tributi ambientali e la fiscalità circolare*, in *Dir. e prat. trib.*, 5, 2017, p. 1851.

[9] *Ivi*, p. 1859 ss.

2. L'ecologia integrale e la fiscalità ambientale

L'Enciclica "*Laudato si'*" di Papa Francesco rispecchia non solo la Tutela dell'Uomo ma anche del soggetto "Ambiente" visto in senso proprio, che non potendo tutelarsi autonomamente, necessita della mediazione dell'uomo, il quale deve operarsi per la tutela dell'ambiente stesso e, in tale prospettiva, si viene a configurare una "rivoluzione copernicana", che vede spostare il baricentro dall'Uomo alla Natura, creando una nuova realtà sociale e venendo a responsabilizzare obbligatoriamente la struttura dello stato e ciascun soggetto, che devono tutelare il bene Ambiente[10].

L'enciclica "*Laudato si'*" si inquadra in una visione triangolare, in cui si collocano l'essere umano, la natura e la tecnologia, che pone al vertice l'essere umano stesso[11].

Papa Francesco evidenzia che è fondamentale riconoscere la radice umana della crisi ecologica[12] e sollecita a considerare i vari elementi di una *ecologia integrale*, inclusiva delle dimensioni umane e sociali[13].

Nella visione del Pontefice, infatti, parlare di "ambiente" vuol dire considerare la relazione tra la natura e la società che la abita[14].

Come afferma Papa Francesco «*È fondamentale cercare soluzioni integrali, che considerino le interazioni dei sistemi naturali tra loro e con i sistemi sociali. Non ci sono due crisi separate, una ambientale e un'altra sociale, bensì una sola e complessa crisi socio-ambientale*»[15].

In tale prospettiva dovrebbe essere inquadrato il compito dello strumento fiscale. Lo strumento fiscale, infatti, deve essere visto allo stesso tempo su più angolazioni, perché il prelievo fiscale che si genera al realizzarsi di presupposti rilevanti da un punto di vista ambientale include in sé una funzione dissuasiva, dato che imputa un maggior costo all'attività posta dal soggetto inquinante, e contemporaneamente permette all'ente di utilizzare tale prelievo non soltanto per opere di risanamento ambientale, ma anche per perseguire

---

[10] David Zanforlini, *La genesi del diritto ambientale e i diritti non tutelati dalla Costituzione*, in *Ecoreati. Legge 68/2015: una riforma di civiltà contro i ladri di futuro*, La Tribuna, Piacenza, 2018, p. 27.

[11] Si veda Francesco Botturi, *Laudato si', unità e relazione. Prospettiva antropologica*, in Claudio Giuliodori, Pierluigi Malavasi (a cura di), *Ecologia Integrale, Laudato si'. Ricerca, Formazione, Conversione*, cit., p. 26.

[12] Si veda Papa Francesco, *Laudato si'*, n. 101.

[13] Si veda Papa Francesco, *Laudato si'*, n. 137.

[14] Si veda Papa Francesco, *Laudato si'*, n. 139.

[15] Papa Francesco, *Laudato si'*, n. 139.

politiche di educazione ambientale[16]. Il futuro avrà bisogno dell'indissolubile binomio "fiscalità ambientale ed ecoincentivi" per assumere una dimensione economica che collima con quella ambientale e, dunque, riuscire a diminuire l'insostenibile consumo di risorse ambientali e acquisire nuovi progressi, con la consapevolezza che tali risorse sono destinate a non durare all'infinito[17]. La fiscalità ambientale deve essere vista non soltanto su un profilo a carattere disincentivante ma anche promozionale, perché mediante le *tax expenditures* promuove i minori impatti ambientali e incoraggia il riciclo e, inoltre, un sistema economico più incline alla crescita e alla tutela ambientale è possibile mediante il passaggio del prelievo dal lavoro e dal capitale all'inquinamento e all'uso di risorse, e la presenza delle agevolazioni fiscali[18]; in tal modo il fisco diviene "protagonista" del sistema produttivo, economico e sociale ed è proprio l'incremento funzionale della extra fiscalità a disegnare una determinata politica economica ed una determinata linea culturale e sociale[19]. Il futuro delle attività industriali ruota intorno alla necessità di conciliare i bisogni dell'economia e quelli dell'ecologia, ed edificare nel nostro ordinamento un sistema di misure fiscali, contributive e agevolazioni, in grado di fare la differenza tra i soggetti che producono in maniera compatibile con l'ambiente e quelli che invece procedono ad inquinare senza sosta, può essere il timone in grado di condurre il mercato a assumere un atteggiamento che collima con l'ambiente; in tale direzione le imprese possono consapevolmente aderire a un "sistema premiale" basato su eco-incentivi erogati ai soggetti che sono sensibili alle necessità della prevenzione ambientale[20]. In materia ambientale, le agevolazioni fiscali, che non possono derogare i principi di uguaglianza sostanziale e di capacità contributiva caratterizzanti la nostra carta costituzionale, consentono di scalfire una nuova coscienza ecologica[21]. L'ecologia integrale, enunciata da Papa Francesco, descrive una linea culturale che deve essere promossa per convergere verso orizzonti sostenibili e responsabili[22].

---

[16] Si veda Stefano Dorigo,Pietro Mastellone, *La fiscalità per l'ambiente. Attualità e prospettive della tassazione ambientale,* Aracne editrice, Roma, 2013, p. 307.

[17] Si veda Luigi Ferrajoli, *Fiscalità ambientale ed eco-incentivi*, in *Il Fisco*, 39, 2000, p. 11950.

[18] Si veda Claudio Sciancalepore, *op. cit.*, pp. 301-302.

[19] Si veda Vittorio Emanuele Falsitta, *Fiscalità etica*, Università Bocconi editore, Milano, 2006, pp. 116-117.

[20] Si veda Luigi Ferrajoli, *op. cit.*, p. 11950.

[21] Si veda Roberta Alfano, *Capacità contributiva e limiti europei in tema di agevolazioni fiscali per finalità ambientali. Il caso della riqualificazione energetica*, in Livia Salvini, Giuseppe Melis (a cura di), *L'evoluzione del sistema fiscale e il principio di capacità contributiva*, Cedam, Padova, 2014, p. 631.

[22] Osserva Giorgio Nebbia, in Valter Giuliano, *Non superare la soglia. Conversazioni su centocinquant'anni di ecologia*, Edizioni Gruppo Abele, Torino, 2016, p. 120, «La cultura ecologica

3. *L'ambiente e la fiscalità nel percorso "europeo" e nella costituzione interna*

Il principio ambientalista nella prospettiva della "Costituzione esterna" inizia a prendere forma partendo dal Trattato di Roma, proseguendo con l'Atto Unico Europeo, il Trattato di Maastricht, il trattato di Amsterdam fino a giungere al Trattato di Lisbona[23] che è stato firmato il 13 dicembre 2007 ed è entrato in vigore il 1° dicembre del 2009[24]. Il Trattato di Lisbona ha ufficialmente imposto agli Stati europei la fiscalità ambientale; pertanto, si può affermare che il prelievo tributario nel settore ambientale è stato istituzionalizzato quasi "recentemente"[25]. Nel panorama europeo si delineano incisivi interventi con ripercussioni in ambito ecologico tra cui il Sesto programma di azione per l'ambiente, che ha evidenziato l'importanza di considerare l'ambiente in una visione di tutela innovativa[26]. Tale programma tratta la tutela ambientale in un quadro globale, in grado di considerare anche altri aspetti rilevanti, evidenziando, in tal modo, la necessità di conciliare l'aspetto ambientale con quello economico e sociale, e in tale prospettiva si deve accentuare l'intervento degli strumenti di mercato, di carattere economico e fiscale in campo ambientale[27]. La tutela ambientale viene ulteriormente sottolineata in campo europeo nel Settimo programma d'azione per l'ambiente fino al 2020[28], che include come obiettivi ambientali la riduzione delle emissioni di carbonio, l'efficiente utilizzo delle risorse e il miglioramento delle politiche ambientali europee**;** con quest'ultimo programma d'azione per l'ambiente viene enfatizzato l'importanza dello strumento tributario per approdare al conseguimento

---

deve diventare parte del bagaglio culturale della nostra classe dirigente, legislatori, governanti, economisti, finanzieri». Si veda anche Pier Sandro Cocconcelli, *La ricerca per la cura del bene comune*, in Claudio Giuliodori, Pierluigi Malavasi (a cura di), *Ecologia integrale. Laudato si'. Ricerca, Formazione, Conversione*, cit., p. 148: «Identificare ambiti di sviluppo sostenibili e responsabili, nel quadro di quella «rivoluzione» che Papa Francesco identifica con l'espressione ecologia integrale, è un cantiere di futuro, di gioia e speranza».

[23] Si veda Silvia Cipollina, *Osservazioni sulla fiscalità ambientale nella prospettiva del federalismo fiscale*, in Luca Antonini (a cura di), *L'imposizione ambientale nel quadro del nuovo federalismo fiscale*, Jovene editore, Napoli, 2010, p. 88.

[24] Giuseppe Melis, Alessio Persiani, *Trattato di Lisbona e sistemi fiscali*, in Livia Salvini, Giuseppe Melis (a cura di), *L'evoluzione del sistema fiscale e il principio di capacità contributiva*, cit., p. 269.

[25] Si veda Adriano Di Pietro, *Relazione di sintesi*, in id. (a cura di), *La fiscalità ambientale in Europa e per l'Europa*, Cacucci, Bari, 2016, p. 557.

[26] Si veda Roberta Alfano, *Tributi ambientali. Profili interni ed europei*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 11.

[27] Cfr. Claudio Sciancalepore, *op. cit.*, p. 48.

[28] Si veda *Settimo Programma d'azione per l'ambiente*.

di tali obiettivi ecologici e in particolare viene esplicitato il ricorso al principio "chi inquina paga"[29]. Tale principio europeo appare abbastanza consolidato ma spesso viene invocato per legittimare forme di imposizione non direttamente collegate alle attività di disinquinamento[30]. Il principio "chi inquina paga" richiede una relazione diretta tra prelievo e attività inquinante, ma tale relazione non sempre risulta riscontrabile e, dunque, da tale consapevolezza si ricavano due postulati: "chi inquina paga" è un principio specifico di attuazione del più generale principio del diritto ad un ambiente salubre, quindi non aderisce perfettamente con quest'ultimo principio generale e, inoltre, il principio del diritto ad un ambiente salubre, essendo un principio più generale, non presuppone un nesso di causalità e, pertanto, viene utilizzato per legittimare quei prelievi non direttamente collegati alla copertura del costo sociale delle diseconomie ambientali e in tale prospettiva si legittimano il ricorso sia a misure fiscali, quali agevolazioni ed esenzioni, che a tributi, come l'Iva, che pur non essendo qualificati come ambientali, vengono usati per fini ambientali[31]. Nella nostra carta Costituzionale non si denota una visione dell'ambiente nel suo complesso, ma si esprime riguardo a profili ambientali, mediante l'art. 9 Cost., l'art. 32 Cost., l'art. 41. c. 2 e 117, c. 2, lett. s)[32]. Nel quadro dei principi costituzionali dell'ambiente, inizia a delinearsi per prima l'art. 9 Cost., in cui la tutela del paesaggio viene innalzata a livello di bellezza della natura, poi si unisce all'art. 9 l'art. 32 della Cost., che permette di acquisire un diritto ad un ambiente salubre, e si inserisce anche l'art. 2 Cost., che viene ripreso dalla Corte Costituzionale per collegare il diritto dell'ambiente tra i diritti inviolabili della persona; inoltre, in tale quadro si installano anche l'art. 3 Cost, che affida allo Stato la rimozione degli ostacoli economici- sociali che non consentono lo sviluppo della persona umana, e l'art. 41 Cost., che insieme alle precedenti norme costituzionali citate, rispecchia il principio della solidarietà sociale[33]. La visione di ambiente come bene unitario si evince dalla sentenza 30 dicembre 1987, n. 641 della Corte Costituzionale che sostiene che l'ambiente è un bene immateriale unitario sebbene a varie componenti, ciascuna

---

[29] Si veda Claudio Sciancalepore, *op. cit.*, pp. 48-49.

[30] Si veda Gianluca Selicato, *Fiscalità ambientale in Europa*, in Adriano Di Pietro (a cura di), *La fiscalità ambientale in Europa e per l'Europa*, Cacucci, Bari, 2016, p. 84.

[31] Si veda ampiamente Antonio Perrone, *Fiscalità ambientale per l'Europa*, in Adriano Di Pietro (a cura di), *La fiscalità ambientale in Europa e per l'Europa*, cit., pp. 57-58.

[32] Si veda Alessio Scarcella, *La normativa ambientale*, in *Manuale Ambiente 2017*, Wolters Kluwer Italia, Milano, p. 6.

[33] Si veda Stefano Dorigo, *La nozione di ambiente ed il ruolo della fiscalità per la sua tutela*, in Stefano Dorigo, Pietro Mastellone, *La fiscalità per l'ambiente. Attualità e prospettive della tassazione ambientale*, cit., pp. 137-138.

delle quali può anche costituire, isolatamente e separatamente, oggetto di cura e di tutela; ma tutte, nell'insieme, sono riconducibili ad unità[34]. L'ambiente, si esprime come un «valore costituzionale» sia nella prospettiva dell'ordinamento nazionale che dell'Unione Europea e tale bene viene tutelato mediante strumenti di carattere giuridico-economico e in particolare di profilo fiscale[35]. L'ambiente è dotato di un valore economico e di un valore sociale e la percezione collettiva del bene ambiente si collega ai doveri di solidarietà collettiva; in tale prospettiva si deve concepire il forte compito dello strumento fiscale che, oltre a procurare le risorse finanziarie destinate alle politiche ambientali, sembra in grado di considerare come fulcro della propria azione il bene ambiente e il potere fiscale si staglia in riferimento a fattispecie che presentano una connotazione economica e permette di attuare la solidarietà sociale orientata a concretizzare l'uguaglianza sostanziale prevista dall'art. 3 della nostra Costituzione[36].

4. Oltre la finanza neutrale per approdare alla finanza funzionale: il passaggio che rileva il carattere extrafiscale del prelievo

Una riappropriazione del passato contesto storico è essenziale per individuare il passaggio dalla finanza neutrale alla finanza funzionale, perché per tutelare il bene ambiente è fondamentale oltrepassare il modello della fiscalità lineare, dominato dalla neutralità fiscale e voluto dalle istituzioni europee, che non mette in luce i fini extrafiscali[37]. Nella visione della fiscalità lineare, che è dominata dal principio della neutralità fiscale, lo Stato deve restare indifferente rispetto ai possibili impieghi, non deve alterare sia il mercato che la concorrenza, e tale fiscalità lineare mette in evidenza soltanto i fini fiscali senza considerare la funzione extrafiscale del prelievo[38]. Il pensiero liberale che caratterizzava l'Ottocento era orientato a privilegiare i diritti proprietari, trascurando ogni intromissione dello stato nella vita sociale e la tassazione

---

[34] Si veda Alessio Scarcella, *op. cit.*, p. 7.

[35] Si veda Andrea Buccisano, *Fiscalità ambientale tra principi comunitari e costituzionali*, in *Dir. e prat. trib.*, 2, 2016, pp. 590-591.

[36] A tal proposito si veda Stefano Dorigo, *La nozione di ambiente ed il ruolo della fiscalità per la sua tutela,* in Stefano Dorigo, Pietro Mastellone, *La fiscalità per l'ambiente. Attualità e prospettive della tassazione ambientale*, cit., pp. 144-145.

[37] Si veda Antonio Felice Uricchio, *I Tributi ambientali e la fiscalità circolare, cit.*, pp. 1859-1860.

[38] *Ivi.*, p. 1860.

assumeva carattere puramente commutativo[39]. Lo stato sociale del Novecento, a differenza di quello liberale, non resta "invisibile" ma è presente nel regolare i rapporti tra gli individui e le formazioni sociali e in tale contesto, in cui vige il principio di solidarietà, i doveri pubblici costituiscono un argine per le situazioni di vantaggio che derivano dai diritti di libertà[40]. Si assiste ad una nuova visione delle funzioni dello Stato; nella prospettiva delle costituzioni liberali classiche la principale funzione dello Stato sembra essere quella di *tutelare* o *garantire*, mentre nella prospettiva delle costituzioni post-liberali oltre a tale funzione sembra esserci sempre più frequentemente anche quella di "*promuovere*", e l'affermazione della funzione promozionale si evince dalle norme contenute nella nostra carta costituzionale, come l'art.4, comma1, Cost., l'art. 5 Cost., l'art. 9, comma 1, Cost., l'art. 35, comma 3, Cost., l'art. 45, comma 1 Cost.[41]. L'attuale Costituzione percepisce il modello della finanza funzionale, che promuove obiettivi extrafiscali[42] ed è, pertanto, un modello completamento aperto che risponde ad obiettivi di promozionalità. Nel panorama interno, dunque, si può affermare che la Costituzione si appropria del modello della finanza funzionale, in base al quale il potere del legislatore si staglia non soltanto in riferimento a fini fiscali, ma anche extrafiscali[43]. Infatti, il tributo fiscale consegue allo stesso tempo obiettivi fiscali ed extrafiscali che tra loro non sono mai in opposizione, mentre il tributo extrafiscale, che viene istituito per incentivo o disincentivo, punta unicamente a obiettivi extrafiscali; il tributo assume carattere extrafiscale se cerca di ostacolare la realizzazione del presupposto come il comportamento inquinante[44].

---

[39] Si veda Franco Gallo, *Le ragioni del fisco. Etica e giustizia nella tassazione*, Seconda edizione, Il Mulino, Bologna, 2011, pp. 19-20; Id., *L'evoluzione del sistema tributario e il principio di capacità contributiva*, in *Rass. trib.*, 3, 2013, p. 502.

[40] Si veda Enrico De Mita, *Interesse fiscale e tutela del contribuente. Le Garanzie Costituzionali*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 3.

[41] Norberto Bobbio, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto,* Laterza, Bari, 2007, p. 14; Mario Aulenta, *Tax expenditures nelle imposte erariali*, in Antonio Felice Uricchio, Mario Aulenta, Gianluca Selicato (a cura di), *La dimensione promozionale del fisco*, Cacucci, Bari, 2015, p. 39.

[42] Si vedano Andrea Amatucci, *Le fondamenta del vigente principio di capacità contributiva nel pensiero di San Tommaso d'Aquino*, in *Dir. e prat. trib.*, 3, 2013, p. 484; Antonio Felice Uricchio, *I Tributi ambientali e la fiscalità circolare*, cit., p. 1858-1859; Mario Aulenta, *Tax expenditures nelle imposte erariali*, in Antonio Felice Uricchio, Mario Aulenta, Gianluca Selicato (a cura di),*La dimensione promozionale del fisco*, cit., p. 39.

[43] Si veda Mario Aulenta, *Tax expenditures nelle imposte erariali*, in Antonio Felice Uricchio, Mario Aulenta, Gianluca Selicato (a cura di), *La dimensione promozionale del fisco*, cit., p. 39.

[44] Si veda ampiamente Andrea Amatucci, *L'ordinamento giuridico della finanza pubblica*, Jovene, Napoli, 2007, pp. 90-92.

5. L'economia circolare e la fiscalità circolare

«L'economia circolare trova le propria fondamenta su un *cambio di paradigma*, dato che il sistema ecologico e il sistema economico non sono più, come nell'analisi economica tradizionale, collocati su uno stesso piano, in cui si scambiano risorse naturali, fattori di produzione, beni e servizi economici, scarti e rifiuti; in tale contesto si viene a considerare il sistema economico globale come un sistema chiuso, in cui l'economia e l'ambiente non sono caratterizzati da correlazioni lineari, ma da una relazione circolare, venendo a configurare il sistema economico dentro un più esteso sistema ecologico e il godimento delle sue risorse naturali deve avvenire nel rispetto delle regole di funzionamento e dei limiti fisici, biologici e climatici»[45].

«Pertanto, l'economia circolare, differenziandosi dal sistema lineare che parte dalla materia e arriva al rifiuto, si configura come un'economia in cui persiste o si recupera quanto più possibile il valore dei materiali e in cui si minimizzano gli scarti e gli impatti ambientali»[46].

La Commissione Europea, in seguito alla Comunicazione del 25 settembre 2014, COM (2014)398 final/2, "*Verso un'economia circolare: programma per un'Europa a zero rifiuti*", è intervenuta con proposte volte a cambiare i processi di trattamento e produzione dei rifiuti e il 2 dicembre 2015 ha predisposto un pacchetto in tema di economia circolare, costituito da un piano d'azione dell'UE contenente disposizioni riguardanti l'intero ciclo di vita dei prodotti[47].

Nel quadro delle Comunicazioni della Commissione Europea nel campo dell'economia circolare si rilevano la COM (2018)29 final[48] "relativa al quadro di monitoraggio per l'economia circolare" che rispecchia gli elementi principali dell'economia circolare, e la COM (2018)32 final[49] "sull'attuazione del pacchetto sull'economia circolare: possibili soluzioni all'interazione tra la normativa in materia di sostanze chimiche, prodotti e rifiuti", riguardante princi-

---

[45] Si veda Documento bozza per consultazione Maggio 2018, redatto dal Ministero dell'ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare in collaborazione con il Ministero dello Sviluppo Economico, intitolato "Economia circolare ed uso efficiente delle risorse. Indicatori per la misurazione dell'economia circolare"

[46] Si veda Documento bozza per consultazione Maggio 2018, redatto dal Ministero dell'ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare in collaborazione con il Ministero dello Sviluppo Economico, intitolato "Economia circolare ed uso efficiente delle risorse. Indicatori per la misurazione dell'economia circolare".

[47] Si veda Antonio Felice Uricchio, *I Tributi ambientali e la fiscalità circolare*, cit., p. 1862.

[48] Si veda COM (2018) 29 final.

[49] Si veda COM (2018) 32 final.

palmente il riciclaggio e il miglior utilizzo delle materie prime secondarie.

L'economia circolare è anche al centro della COM (2019) 190 final "Relazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni sull'attuazione del piano d'azione per l'economia circolare", in cui si rileva che «*i prodotti e i servizi progettati circolarmente possono ridurre al minimo l'utilizzo di risorse e allo stesso tempo incentivare il riutilizzo, il recupero e la riciclabilità dei materiali*» e, inoltre, tale comunicazione sottolinea che «*la transizione verso un'economia più circolare richiede che i cittadini si impegnino attivamente nel cambiamento dei propri modelli di consumo*»[50].

L'economia circolare, sostenuta dalle istituzioni comunitarie e sottolineata da Papa Francesco nell'enciclica "Laudato si", può essere realizzata attraverso il modello della fiscalità circolare che contrapponendosi al modello della fiscalità neutrale, insensibile verso le dinamiche della spesa e sensibile verso quelle del prelievo e del gettito, giunge a contenere la spesa pubblica inefficiente e clientelare, a consentire la rinascita dello sviluppo evitando la riduzione di ricchezza, per collimare con un modello di fisco promozionale propenso a tassare lo scarto e a incentivare il riuso e il riciclo[51]. La fiscalità ambientale si inquadra in un modello di fisco promozionale diretto a conseguire obiettivi non soltanto fiscali mediante l'uso di strumenti promozionali, come gli ecoincentivi, o di prelievo[52]. La fiscalità ambientale si delinea su una prospettiva negativa che tassa lo spreco e l'inquinamento e su una prospettiva positiva che, prevedendo incentivi e agevolazioni fiscali, è orientata sul fronte dello sviluppo sostenibile[53]. La transizione verso un modello di economia circolare può essere raggiunta mediante incentivi, quali riduzione di aliquote, come nel caso di IVA, per le produzioni che si basano sul *Life cycle assessment*, che è uno strumento che analizza l'impatto ambientale di un prodotto, processo o attività in tutte le fasi del ciclo di vita[54]. L'IVA non rientra tra i tributi ambientali, ma nel panorama europeo si inquadrano applicazioni diverse che portano a capire che tale imposta può comunque essere considerata in riferimento alla tutela ambientale, mediante la riduzione di aliquote per i prodotti e servizi meno dannosi per l'ambiente; infatti, nel frammentario quadro europeo l'aliquota ridotta è stata applicata in Spagna per le attività di raccolta e smaltimento dei rifiuti, in Polonia per il trattamento delle acque o bonifica degli

---

[50] COM (2019) 190 final

[51] Si veda Antonio Felice Uricchio, *I Tributi ambientali e la fiscalità circolare,* cit., p. 1861.

[52] Si veda *ivi,* p. 1858.

[53] Si veda *ivi*, p. 1861.

[54] Si veda *ivi*, p. 1863.

ambienti marini, in Francia per i lavori di edifici con l'obiettivo di aumentare l'efficienza energetica del riscaldamento domestico, in Grecia, per l'energia elettrica, gas naturale e riscaldamento da reti di teleriscaldamento, ma da tale quadro europeo si rispecchia l'assenza di una armonizzazione dell'IVA, data l'applicazione limitata e diversa di tale imposta correlata alla finalità di tutela ambientale[55].

6. L'istituzione dei tributi ambientali nel quadro delle interpretazioni della capacità contributiva

Una prima distinzione dei tributi, sul piano degli effetti, concerne la funzione perché considera i tributi con funzione incentivante, i quali mirano a costituire un argine per le azioni dannose all'ambiente e a stimolare la ricerca in tecnologie ecologicamente accettabili, o quelli con funzione redistributiva, che impiegano il prelievo in attività a minor effetto ambientale[56]. Secondo una prima impostazione, sono stati concepiti unicamente tributi con funzione ambientale, nei quali la tutela ambientale è esterna al presupposto del tributo stesso e si pone soltanto come finalità extrafiscale[57]. La successiva impostazione considera non soltanto il tributo con finalità ambientale ma anche il tributo ambientale in senso stretto[58]. Nel tributo ambientale in senso stretto, l'ambiente non emerge soltanto come bene costituzionale extrafiscale e il presupposto del tributo stesso assume carattere ecologico[59]. Per i giuristi, i tributi ambientali in senso proprio sono quelli modellati dal legislatore in base al principio europeo chi inquina paga, e che includono nel presupposto il fatto fonte di degrado ambientale, mentre i tributi in senso funzionale hanno come presupposto il consumo, il patrimonio o il reddito e mirano a incentivare o

---

[55] Si veda Antonio Perrone, *Fiscalità ambientale per l'Europa*, in Adriano Di Pietro (a cura di), *La fiscalità ambientale in Europa e per l'Europa*, cit., pp. 42-43.

[56] A tal proposito si vedano Roberta Alfano, *Tributi ambientali. Profili interni ed europei*, cit., p. 32; Claudio Sciancalepore, *Cambiamenti climatici e green taxes*, cit., p. 61; Antonio Felice Uricchio, *Emergenze ambientali e imposizione*, in Antonio Felice Uricchio, Mario Aulenta, Gianluca Selicato (a cura di), *La dimensione promozionale del fisco*, cit., p. 325.

[57] A tal proposito si vedano Roberta Alfano, *Tributi ambientali. Profili interni ed europei,* cit., p. 33; Camilla Buzzacchi, *La solidarietà tributaria. Funzione fiscale e principi costituzionali*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 210.

[58] Si veda Roberta Alfano, *Tributi ambientali. Profili interni ed europei,* cit., p. 37.

[59] A tal proposito si vedano Roberta Alfano, *Tributi ambientali. Profili interni ed europei,* cit., p. 37; Antonio Felice Uricchio, *Italia*, *Le politiche tributarie in materia ambientale*, in Adriano Di Pietro (a cura di), *La fiscalità ambientale in Europa e per l'Europa*, cit., p. 470.

disincentivare le attività connesse con il bene ambiente[60]. Nel quadro del sistema costituzionale italiano, l'istituzione dei tributi ambientali deve collimare con i principi centrali della nostra carta costituzionale, quale il principio di legalità (art. 23 Cost) e il principio della capacità contributiva (art. 53 Cost)[61]. La capacità contributiva è stata relazionata, dalle varie sentenze della Corte Costituzionale, all'effettiva idoneità del soggetto al prelievo fiscale in base a indici concretamente rilevatori di ricchezza[62]. I tributi ambientali in senso stretto non trovano collocazione nel quadro della tradizionale interpretazione della capacità contributiva, perché tali tributi vanno a incidere quelle emissioni che non costituiscono un indice di forza economica valutabile da punto di vista monetario; pertanto, nella prospettiva della interpretazione della capacità contributiva come capacità economica qualificata vi possono trovare collocazione soltanto i tributi ambientali che derivano dal consumo di prodotti dannosi per l'ambiente o di risorse scarse, perché le azioni inquinanti o di consumo vengono concepite come uso di un bene di lusso suscettibile di valutazione economica e quindi, in tal modo, si rispecchia la maggior capacità contributiva rispetto ad azioni non inquinanti o non di consumo[63]. Il consumo maggiormente inquinante subisce una tassazione superiore del consumo con inferiore impatto ambientale alla luce dei diritti della persona tutelati dalla nostra carta costituzionale, quale il diritto alla salute, cristallizzato dall'art. 32 Cost.; dunque, mediante tale interpretazione, che include l'ambiente nell'ambito della fattispecie tributaria, si rileva il bene ambiente come valore costituzionale extra fiscale e come indice di capacità contributiva valutabile economicamente[64]. La maggioritaria dottrina ha ricondotto la capacità contributiva ai doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale, esplicati dall'art. 2 della Cost. e al principio di uguaglianza sostanziale, rispecchiata dall'art. 3 Cost., volta ad arginare gli ostacoli economici e sociali che non permettono il pieno sviluppo della persona umana e, inoltre, è proprio il criterio della progressività (art. 53, 2 comma, Cost.) che va a consolidare il carattere solidaristico della capacità contributiva stessa[65]. Secondo questa linea di in-

---

[60] Si veda Franco Gallo, *Profili critici della tassazione ambientale*, in Luca Antonini (a cura di), *L'imposizione ambientale nel quadro del nuovo federalismo fiscale*, cit., pp. 3-4.

[61] Si veda Antonio Felice Uricchio, *Italia*, *Le politiche tributarie in materia ambientale*, in Adriano Di Pietro (a cura di), *La fiscalità ambientale in Europa e per l'Europa*, cit., pp. 473-474.

[62] Si veda *ivi,* p. 475.

[63] Si vedano Antonio Felice Uricchio, *Italia*, *Le politiche tributarie in materia ambientale*, cit., p. 478-479; Roberta Alfano, *Tributi ambientali. Profili interni ed europei,* cit., pp. 72-73.

[64] Si veda Roberta Alfano, *Tributi ambientali. Profili interni ed europei,* cit., p. 73.

[65] Si veda ampiamente Roberta Alfano, *Tributi ambientali. Profili interni ed europei*, cit., pp. 54-55; Si vedano anche Leda Rita Corrado, *Diritto tributario e benessere sociale*, in Riccardo Bonato,

terpretazione dell'art. 53 Cost., trovano configurabilità solo le imposte e non le tasse dato che queste ultime, non rispecchiano la funzione solidaristica; le tasse configurabili nel nostro ordinamento sono quelle che, a prescindere dalla capacità contributiva del soggetto inquinante, hanno un presupposto correlato all'azione di disinquinamento[66]. Il tributo ambientale in senso proprio collima in maniera più precisa con l'imposta piuttosto che con la tassa, perché è un prelievo correlato solo alla funzione di prevenzione e di riduzione del danno ambientale e non alla funzione di risanamento propria della tassa intesa in maniera "comune" quale prestazione dovuta in base ad un preciso servizio ambientale; in tale prospettiva la funzione di risanamento si traduce nell'attività di protezione ambientale posta dallo Stato e finanziata mediante la fiscalità generale e non in una prestazione specifica attuata in forza del pagamento del tributo stesso e la dottrina ha rilevato che "edificare un tributo come tassa, cioè come strumento di finanziamento del servizio di risanamento ambientale, porterebbe un effetto inconcepibile per il sistema, quale concedere l'inquinatore ad inquinare, salvo poi sostenere le spese di risanamento ambientale"[67]. Il tributo ambientale in senso stretto trova una più coerente configurabilità nel quadro dell'interpretazione dell'art. 53 Cost. visto come mero criterio di riparto delle spese pubbliche; in base a tale linea di pensiero il tributo ambientale, che assume la struttura di imposta, è legittimo se incide sull'unità fisica consumata o emessa e accolla ai soggetti i costi delle diseconomie ambientali, in tal modo si attribuisce alla fattispecie una valenza economica, riguardante gli svantaggi ambientali causati da un'attività o unità, e si rispecchia il principio di uguaglianza dato che tale prelievo fiscale si ripercuote sui soggetti che portano svantaggi alla collettività[68].

In questo contesto, in cui si viene a ricostruire la capacità contributiva come criterio di riparto equo e ragionevole, è possibile misurare economicamente il presupposto emissione inquinante mediante la quantificazione degli

---

Marianna Nobile (a cura di), *Il benessere, un percorso multidisciplinare*, Ledizioni, Milano, 2014, p. 17; Antonio Felice Uricchio, *Italia, Le politiche tributarie in materia ambientale*, cit., p. 479; Francesco Moschetti, *Etica del tributo ed etica del Potere fiscale nell'art. 53 Cost.,* in Associazione Nazionale Tributaristi Italiani, *Etica Fiscale e Fisco etico*, in *Neotepa*, 2, 2015, p. 27 ss.

[66] Si veda Antonio Felice Uricchio, *Italia*, *Le politiche tributarie in materia ambientale*, cit., p. 479-480.

[67] Si veda Franco Gallo, *Profili critici della tassazione ambientale*, in *Rass. trib.*, 2, 2010, pp. 304-305.

[68] A tal proposito si vedano Stefano Dorigo, *I tributi ambientali nel sistema costituzionale italiano*, in Stefano Dorigo, Pietro Mastellone, *La fiscalità per l'ambiente. Attualità e prospettive della tassazione ambientale*, cit., pp. 214-215; Antonio Felice Uricchio, *Italia*, *Le politiche tributarie in materia ambientale*, in *La fiscalità ambientale in Europa e per l'Europa*, cit., p. 481; Roberta Alfano, *Tributi ambientali. Profili interni ed europei*, cit., p. 75.

svantaggi ambientali provocati dall'emissione inquinante anche rispetto ad altre emissioni con minore impatto ambientale[69].

7. Gli incentivi fiscali in materia ambientale

In materia ambientale, gli incentivi fiscali trovano spazio al fine di incentivare la rimozione dell'inquinamento mediante l'assunzione di una nuova tecnologia, in grado di incidere in maniera diretta sulla causa inquinante, e due principali categorie di tali incentivi sono costituiti dal credito di imposta e dalla detrazione fiscale[70].

In Italia, nella sfera dell'imposizione ambientale, il credito d'imposta per le PMI, è stato istituito dalle leggi n. 341/1995 e n. 266/1997 (e successive modificazioni/integrazioni) ed è un'agevolazione fiscale riconosciuta alle imprese che aderiscono ad un sistema di gestione ambientale, o che ricevono la certificazione ecologica dei prodotti (Ecolabel)[71]. Nell'ordinamento italiano, l'esempio più caratteristico di detrazione d'imposta per interventi ambientali riguarda il risparmio energetico nell'edilizia[72].

L'agevolazione per la riqualificazione energetica degli edifici è stata introdotta dall'art. 1, commi da 344 a 349, della legge finanziaria 2007, legge n. 296 del 2006 e la normativa è stata oggetto di successive modifiche[73].

Con D. L. 4 giugno 2013, n. 63, «convertito con modificazioni dalla legge 3 agosto 2013, n. 90», si è avuto la proroga e l'aumento della detrazione, dal 55 al 65 per cento, relativa alle spese di riqualificazione energetica e si deve percepire che l'agevolazione, quale la detrazione, volta a sostenere una migliore efficienza energetica degli edifici, assume centralità all'interno del sistema di agevolazioni previste per i contribuenti, nell'ottica di incentivare i specifici settori produttivi[74].

Il comma 67 della legge bilancio 2019, apporta delle modifiche al decreto

---

[69] Si veda Franco Gallo, *Le ragioni del fisco*, cit., pp. 94-95.

[70] Si veda Alessandro Bordin, *Aspetti finanziari per la gestione dell'ambiente*, in *Manuale Ambiente 2017*, Wolters Kluwer Italia, Milano, p. 1180.

[71] Si veda *ivi*, pp.1180-1181.

[72] Si veda *ivi*, p. 1181.

[73] Si veda Elisabetta Civetta, *Legge di Bilancio 2018*, Maggioli, Sant'Arcangelo di Romagna (RN), p. 344.

[74] Si veda ampiamente Roberta Alfano, *Capacità contributiva e limiti europei in tema di agevolazioni fiscali per finalità ambientali. Il caso della riqualificazione energetica*, in Livia Salvini, Giuseppe Melis (a cura di), *L'evoluzione del sistema fiscale e il principio di capacità contributiva*, cit., pp. 625-626.

legge 4 giugno 2013, n. 63, convertito, con modificazioni, dalla legge 3 agosto 2013, n. 90, disponendo che all'art. 14, relativo alle detrazioni fiscali per interventi di efficienza energetica, ai commi 1 e 2, lettera b), le parole 31 dicembre 2018, sono sostituite da 31 dicembre 2019[75].

Nell'ordinamento italiano le agevolazioni fiscali, che si concretizzano in un sostegno per l'attuazione di interessi pubblici aventi profili ambientali sostenibili, devono collimare con i principi esplicati dall'art. 3 Cost. e con il principio di capacità contributiva, consolidato dall'art. 53 Cost., che porta a considerare, nell'ambito della fiscalità ambientale, tributi relazionati a fatti e situazioni suscettibili, in senso più lato, di valutazione economica[76].

8. La fiscalità circolare: prospettiva attuale e "futura"

Considerando contemporaneamente l'economia circolare e la fiscalità circolare si può dire che, mentre l'economia circolare comincia gradualmente a trovare spazio in ambito europeo e nazionale, il modello della fiscalità circolare non è consolidato e questo si denota dalla contenuta imposizione ambientale, come avviene in Italia, e dalla scarsa presenza di ecoincentivi[77]. La dottrina ha evidenziato come l'ordinamento italiano appare distante da una fiscalità ambientale in senso proprio, perché il nostro sistema fiscale, tralasciando per un lungo periodo il connubio tra imposizione e ambiente, si è contenuto a considerare una finalità extrafiscale di natura ambientale nell'ambito dei tributi tradizionali, e questa concezione viene sorretta dalla scarso intervento in campo ambientale del legislatore, il quale, per troppo tempo, si è focalizzato principalmente sullo smaltimento dei rifiuti, senza concentrarsi su altri tipi di impatto ambientale[78].

Nell'ordinamento italiano, infatti, la tassazione ambientale è focalizzata a livello territoriale e regionale, in cui vi è il contributo in discarica e la tassazione sulle emissioni sonore degli aeromobili, e a livello locale in cui vi è la tassa sui rifiuti e il canone sulle acque reflue[79].

---

[75] Si veda art. 1, co. 67, legge bilancio 2019.

[76] Si veda ampiamente Roberta Alfano, *Capacità contributiva e limiti europei in tema di agevolazioni fiscali per finalità ambientali. Il caso della riqualificazione energetica*, cit., p. 613.

[77] Si veda Antonio Felice Uricchio, *I Tributi ambientali e la fiscalità circolare*, cit., p. 1866.

[78] Si veda Stefano Dorigo, *I tributi ambientali nel sistema costituzionale italiano,* in Stefano Dorigo, Pietro Mastellone, *La fiscalità per l'ambiente. Attualità e prospettive della tassazione ambientale*, cit., p. 161.

[79] Si veda Adriano Di Pietro, *Relazione di sintesi*, in Id. (a cura di), *La Fiscalità ambientale in Europa e per l'Europa*, cit., p. 567.

Nel nostro Paese, le imposte ambientali, pur presentando un presupposto che è correlato con l'ambiente, non sono modellate in maniera tale da internalizzare i costi ambientali e orientare verso comportamenti meno insostenibili[80].

Incertezze e speranze si insinuano nell'ordinamento italiano, perché se da un lato la delega fiscale, legge 11 marzo 2014, n. 23, che già trattava il tema della fiscalità energetica e ambientale all'art. 15[81], il quale delegava il Governo a introdurre nuove forme di fiscalità per tutelare l'ambiente sia nella prospettiva delle diseconomie ambientali che di quella del doppio dividendo, faceva sorgere dubbi riguardo all'applicazione e riscossione del prelievo ambientale e agli effetti su consumatori e imprese[82], rimanendo dunque inapplicata, dall'altro le disposizioni di industria 4.0 sono orientate a far convergere verso la promozione di tecnologie ambientali e processi sostenibili e più in armonia con l'ambiente[83] e un passo ulteriore era stato dato dalla legge di bilancio 2018 che aveva previsto l'iperammortamento al 250% e un credito di imposta per la formazione 4.0, pari al 40%, fino a 300.000 euro.

Nel quadro della legge di bilancio 2019, vi sono disposizioni che supportano il modello della fiscalità circolare e altre che ne limitano la sua struttura, non essendo presente il superammortamento, mentre si configura l'iperammortamento con tre diverse percentuali al comma 61[84].

Una disposizione che può contribuire a convergere al modello della fiscalità circolare è quella del comma 73 della legge di bilancio 2019 che, prevedendo un credito d'imposta del 36 per cento per le imprese che acquistano prodotti realizzati con materiali provenienti dalla raccolta differenziata degli imballaggi in plastica ovvero che acquistano imballaggi biodegradabili e compostabili in base alla normativa UNI EN 13432:2002 o derivati dalla raccolta differenziata della carta e dell'alluminio, promuove la riduzione dei rifiuti e incentiva il riciclaggio, nell'ottica di passare ad una economia circolare[85].

In riferimento al credito d'imposta per la formazione 4.0, la legge di bilancio 2019 stabilisce che tale credito è contemplato fermo restando il limite massimo annuale di 300.000 euro, nella misura del 50 per cento delle spese

---

[80] Si veda Maria Teresa Monteduro, *Tassazione ambientale e crescita sostenibile in Italia: verso un'economia «più verde»?* in Alberto Zanardi (a cura di), *La finanza pubblica Italiana. Rapporto 2013*, Il Mulino, Bologna, p. 239.

[81] Si veda art. 15 legge 11 marzo 2014, n. 23.

[82] Si veda Gian Luca Galletti, *La fiscalità ambientale in Europa e per l'Europa. Il Progetto*, in Adriano Di Pietro (a cura di), *La fiscalità ambientale in Europa e per l'Europa*, cit., p. 7.

[83] Si veda Antonio Felice Uricchio, *I Tributi ambientali e la fiscalità circolare*, cit., pp. 1866-1867.

[84] Si veda art. 1, co. 61, l. bilancio 2019.

[85] Art. 1, co. 73, l. bilancio 2019

ammissibili sostenute dalle piccole imprese e del 40 per cento di quelle sostenute dalle medie imprese, invece alle grandi imprese il credito d'imposta è attribuito nel limite massimo annuale di 200.000 euro e nella misura del 30 per cento[86].

Una prospettiva a sostegno dello sviluppo della fiscalità circolare può essere quella che delinea nuove forme di fiscalità ambientale[87], in equilibrio con i limiti di armonizzazione previsti dall'Unione Europea, ma l'assenza di un modello di fiscalità ambientale può rendere le scelte degli Stati fiscali nazionali eterogenee o disomogenee, ostacolando in tal modo la prospettiva auspicata[88]. Una nuova dimensione da studiare nella sfera ambientale potrebbe essere quella di travalicare il principio "chi inquina paghi" per raggiungere, senza sostituire tale principio europeo, il principio del "chi valorizza benefici", al fine di avere un quadro più armonico di politiche propense alla lotta al cambiamento climatico; in tale quadro si colloca il programma di Horizon 2020 e occorre focalizzarsi sulle misure premiali dei singoli Paesi, che per essere sostenute devono allinearsi agli obiettivi del programma stesso, e in tale direzione si avrebbe non solo un consolidamento delle politiche ambientali nell'ordinamento europeo, ma anche un passo verso l'armonizzazione della fiscalità a livello comunitario[89].

Riassunto

L'enciclica di Papa Francesco *Laudato si'* si inquadra in una visione triangolare, in cui si collocano l'essere umano, la natura e la tecnologia, che pone al vertice l'essere umano stesso.

Papa Francesco evidenzia che è fondamentale riconoscere la radice umana della crisi ecologica e sollecita a considerare i vari elementi di un'*ecologia integrale*, inclusiva delle dimensioni umane e sociali.

La concezione di ambiente quale bene comune, così come delineato nell'Enciclica *Laudato si'*, e correlato ai diritti dell'uomo e della natura induce a considerare che il modello della fiscalità lineare, inclinato a dare priorità solo ai fini fiscali e non a quelli extrafiscali, deve essere superato per costruire il modello della fiscalità circolare, che permette di promuovere il rispetto della natura ricorrendo sia ai tributi ambientali che agli ecoincentivi fiscali.

L'economia circolare, sostenuta dalle istituzioni comunitarie e sottolineata da Papa

---

[86] Art. 1, co. 79, l. bilancio 2019.

[87] Si veda Antonio Felice Uricchio, *I Tributi ambientali e la fiscalità circolare*, cit., pp. 1867-1868.

[88] Si veda Adriano Di Pietro, *La ricerca*, in *La fiscalità ambientale in Europa e per l'Europa*, cit., p. 11-12.

[89] Si veda Gianluca Selicato, *Fiscalità ambientale in Europa*, in Adriano Di Pietro (a cura di), *La fiscalità ambientale in Europa e per l'Europa*, cit., pp. 85-86.

Francesco nell'enciclica *Laudato si'*, può essere realizzata attraverso il modello della fiscalità circolare che contrapponendosi al modello della fiscalità neutrale, insensibile verso le dinamiche della spesa e sensibile verso quelle del prelievo e del gettito, giunge a contenere la spesa pubblica inefficiente e clientelare.

Parole chiave

Fiscalità circolare; Ecologia integrale

Abstract

The Encyclical of Pope Francesco *Laudato si'* is framed in a triangular vision, in which are situated the human being, nature and technology, which places human being at the top.

Pope Francesco emphasizes that it is fundamental to recognize the human root of the ecological crisis and urges us to consider the various elements of an integral ecology, inclusive of human and social dimensions.

The conception of environment as a common good, as defined in the Encyclical *Laudato si'*, and related to the rights of man and nature leads us to consider that the linear taxation model, inclined to give priority only for tax purposes and not for extra-tax ones, must be overcome to build up the model of circular taxation, which makes it possible to promote respect for nature by using both environmental taxes and tax incentives.

The circular economy, supported by the community institutions and emphasized by Pope Francesco in the Encyclical *Laudato si'*, can be achieved through the model of circular taxation which by contrasting the neutral taxation model, insensitive to the dynamics of spending and sensitive towards those of the levy and the revenue, comes to contain inefficient and customer public spending.

Key words

Circular taxation; Integral ecology

Maria e il libro

Massimo Jasonni

Nell'iconografia occidentale l'Annunciata è posta al cospetto di un libro. Ciò accade non da subito nella cristianità, né sempre ma, comunque, con tale insistenza da imporsi la domanda del dove sia finito il suo fedele compagno cartaceo quando il pittore, o lo scultore non ne lasci traccia.

Michele Feo insegue questo sviluppo del rapporto tra la Madonna e il libro con le capacità sue proprie, di filologo di razza, ma non solo: perché vi associa un'affezione per la madrina di tutte le madri così profonda e leale, da imporgli, in premessa, di scansar l'equivoco: l'Autore non ha nulla a che spartire con le mariologie di risalenza controriformistica, addirittura è allergico alle ufficialità della *católica devoción mariana*.

In effetti, in *Che cosa leggeva la Madonna*[1] non vi è ricorso a teologie, nemmeno a quelle che suscitavano interesse nella filosofia tedesca del Novecento e che indussero i laici, anche da noi, a pensare che l'esclusione dalle Università statali di quel ramo del sapere, certo se impartito non dogmaticamente ma criticamente, fosse una corbelleria postunitaria. Viceversa, Feo guarda ai viluppi della storia dell'arte – *Quasi un romanzo*, in sottotitolo –, sulla figura femminile di Maria[2].

In questo percorso il libro emerge, tra le mani o posto a fronte della donna, in epoca di evangelismo maturo, non primigenio: potrebbe dirsi, a voler scongiurare datazioni avventate, che il libro non compare nella fase che Pasolini definisce dell'*Usignolo della Chiesa cattolica*, ovvero in quell'epoca apostolica e di prime esperienze conciliari in cui la Madonna si presenta o con un fuso alla mano, o tutta tesa a raccoglier acqua, in un vaso, alla fonte. Così il celebre mosaico veneziano di San Marco, in cui quella Vergine del dopo anno Mille trattiene l'anfora sotto lo sguardo di un angelo, incerto nel passo per eccessiva sua ampiezza alare; e così pure le *Omelie mariane* di Giacomo di Bitinia, custodite nel *Codice* Vaticano[3]. Siamo, come si vede, alla volta del

---

[1] Michele Feo, Che cosa leggeva la Madonna, Edizioni Polistampa, Firenze, 2019.

[2] Analogamente Massimo Cacciari, *Generare Dio*, Il Mulino, Bologna, 2017.

[3] Michele Feo, *Che cosa leggeva la Madonna*, cit., p. 20.

XII secolo, dunque in attesa della riforma gregoriana e della nascita in tutta Europa delle Università.

Maria ci giunge, finalmente in età comunale e senza remore, innanzi ad un libro. L'Annunciazione dell'angelo assume veste doppia, canonistica e teologica: la donna si specchia in un volume dapprima a pagine bianche, poi munito di scrittura versata all'attenzione dello spettatore. Così nella Cattedrale di Amiens, per un avorio ora al Louvre; così nel mosaico di Pietro Cavallini della Roma di Santa Maria in Trastevere[4].

Con la fine del secolo XIII cresce la tensione drammatica: l'Annunciata di Santa Maria del Fiore in Firenze è in posizione di attesa, sta per leggere o leggerà[5]. E chi campeggia, su tutti, nella sontuosa emergenza dell'arte prerinascimentale, è il Giotto della Cappella degli Scrovegni, che pitta il soggetto davanti a un mobile, provvisto di leggìo, su cui troneggia un libro tenuto ben stretto al petto dalle mani incrociate della signora.

L'acqua di cui si è detto consisteva in limpido liquore cristiano, voce di Dio e nutrimento spirituale; ma il motivo dell'anfora – *kéramos*, l'antico dio greco figlio di Dioniso – apriva a nessi con la classicità, che avrebbero trovato supporto culturale sin dall'età patristica e si sarebbero rinsaldati con la Scolastica. In quest'ordine delle cose, si poneva anche il fuso, simbolo dominante di una narrazione che riservava all'universo femminile la sacra cura del desco. Il libro, rispetto a tali premesse, costituisce certo una novità; tuttavia anche quei precedenti contribuiscono a formare una *regula loquendi*, che attribuisce alla madre del Dio fattosi uomo un compito tanto drammatico, quanto risolutivo nello sviluppo dell'esperienza cristiana. Si tratta di una mediazione umana, propriamente reale, in difetto della quale nascita, morte e resurrezione del Cristo sarebbero inconfigurabili.

Di qui prende corpo il fenomeno storico che siamo soliti definire *Umanesimo cristiano*. Lo ritroviamo nelle movenze che la donna assume al cospetto dell'angelo; nel modo di fruire del libro; nell'ambiente entro cui la narrazione, fattasi dinamica e quasi "cinematica", si dipana. Quanto alle movenze e al flusso delle immagini, Feo insiste sull'inquietudine che Maria prova all'apparizione dell'angelo. Si tratta di un vero e proprio spavento che ricorre in più opere, ma che riscontriamo, per eccellenza, a Firenze nell'*Annunciata di Santa Reparata*. Qui Giotto, e suoi della bottega dipingono «Maria [che] si alza in piedi per ritirarsi, mentre con la mano destra oppone il rifiuto e nella

[4] *Ivi*, p. 26.

[5] *Ibidem*.

sinistra stringe un libro chiuso»[6].

Attorno al libro, a volte aperto, a volte chiuso, a volte motivo di attenzione, a volte occasione per distrazione, ma divenuto anche alimento di crescita intellettuale, s'addensa una «strepitosa ricezione popolare, che diventa in qualche modo storia e oserei dire psicologia delle classi sociali subalterne»[7].

Il tempo porta consiglio, e così è che subentrano – in fregi architettonici, pitture e sculture – situazioni colte con sempre maggiore dovizia di particolari e gusto del dettaglio. La lezione dei medievali resta grande, perché l'eredità dei classici non si disperde: è vero che l'uomo guadagna centralità nel creato, ma pur sempre entro la più generale dimensione dell'Essere[8]. Per questa via incontriamo una Madonna dedita a severa lettura, quale quella di Botticelli, *Madonna del libro*; una Madonna che si avvale del libro per educare il bambino, come in Pinturicchio, *Madonna che insegna a leggere al bambino*; una Madonna che «sta al leggìo come una brava scolaretta che fa i compiti e dietro di lei la madre padrona con gesto imperioso le addita un passo tremendo»[9] (ne dice Lluís Borrassà, in tavola d'altare di fine XIV secolo a Vilafranca del Penedès). Compaiono, a sfondo, colonne greche e paesaggi di bellezza sconcertante.

Ci si addentra così in una modernità che, a fianco dell'elemento naturalistico, accentua le sfumature psicologiche, i lineamenti caratteriali della persona, le luci e le ombre che danno profondità alla scena. Con il Seicento, può assistersi a una sorta di «ascesa sociale della madre, garante di una Chiesa secolarizzata e compromessa con tutti i grandi della terra»[10]. Caravaggio ne è un'eccellenza tra i tanti, in cui la Vergine finisce per riprodurre sembianze di donna di bordello.

Il lavoro di Feo, checché potesse temersi dal titolo incauto, non concede nulla alle mode, nulla lascia all'approssimazione. Permane una dialettica interna, congenita al nome stesso di Maria, che ne fa «la più grande eroina dell'amore celeste»[11] della storia; ma, nel contempo, traspaiono i lineamenti di madre umile e pietosa che accompagna la crescita del figlio, soffrendone profeticamente la morte.

L'Immacolata Concezione è dogma per la Chiesa cattolica romana, ma poco questo importa rispetto a quel fiume di religiosità popolare, che l'arte ha celebrato, vero e proprio fondamento della costituzione materiale della nostra

---

[6] *Ivi*, p. 27.

[7] *Ivi*, p. 28.

[8] Cfr. Joseph Ratzinger, *Storia e dogma*, Jaca Book, Milano, 1971, p. 104 ss.

[9] Michele Feo, *Che cosa leggeva la Madonna*, cit., p. 75.

[10] *Ivi*, p. 62.

[11] *Ivi*, p. 63.

civiltà[12]. Maria è l'epifania di una maternità che custodisce il soffio dell'assoluto nel divenire concreto delle cose. Il «Tempo», come insegnava Meister Eckhart, «è ciò che muta e si moltiplica, l'eternità permane semplice»[13].

Riassunto

Il presente contributo analizza il rapporto tra la figura di Maria e il libro a partire dalla recente pubblicazione del volume di Michele Feo *Che cosa leggeva la Madonna* (Edizioni Polistampa, Firenze, 2019). In questo percorso il libro emerge, tra le mani o posto a fronte della donna, in epoca di evangelismo maturo, non primigenio: per la precisione in un XII secolo che vede la nascita in tutta Europa delle Università e attende la riforma gregoriana. L'Annunciazione dell'angelo assume veste doppia, canonistica e teologica: la donna si specchia in un volume dapprima a pagine bianche, poi munito di scrittura versata all'attenzione dello spettatore. Con l'*Umanesimo cristiano* la narrazione si fa dinamica, quasi "cinematica" per addentrarsi, con il Seicento, in una modernità che, a fianco dell'elemento naturalistico dato dal motivo dell'anfora (*kéramos*) – nutrimento spirituale che apre a importanti nessi con la classicità -, accentua sfumature psicologico-caratteriali. A permanere è una dialettica interna, congenita al nome stesso di Maria: epifania di una maternità che custodisce il soffio dell'assoluto nel divenire concreto delle cose.

Parole chiave

Figura di Maria; Libro; Michele Feo

Abstract

This contribution analyzes the relationship between the figure of Mary and the book starting from the recent publication of the book by Michele Feo What was the Madonna reading (Florence, Edizioni Polistampa, 2019). In this process, the book emerges, in the hands or placed in front of the woman, in an age of mature, not primordial evangelism: to be precise, in a twelfth century that saw the birth of universities throughout Europe and awaited the Gregorian reform. The Annunciation of the angel takes on a double, canonical and theological guise: the woman is mirrored in a volume first with blank pages, then equipped with writing paid to the attention of the spectator. With Christian Humanism the narrative becomes dynamic, almost "kinematic" to enter, with the seventeenth century, in a modernity that, alongside the naturalistic element given by the motif of the amphora (kéramos) – spiritual nourishment that opens to important connections with classicism -, accentuates psychological-character nuances. To remain is an internal dialectic, congenital to the very name of Mary: epiphany of a motherhood that guards the breath of the absolute in the concrete becoming of things.

Key words

Figure of Mary; Book; Michele Feo

---

[12] Cfr. Marcello Rossi, *La Madonna tra Pio IX e Pio XII*, in «*Il Ponte on-line (http://www.ilponterivista.com*)», 12 dicembre 2018.

[13] Sermone *Consideravit domum* (Quint, n. 30).

Per una nuova grammatica dei diritti delle persone disabili: un itinerario filosofico-giuridico

Augusto Romano

La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità – adottata dall'Assemblea generale dell'Onu il 13 dicembre 2006 e ratificata in Italia con la legge n. 18 del 3 marzo 2009 – ha evidenziato come la disabilità sia parte della diversità umana e si costruisca all'interno delle relazioni sociali, essendo sostanzialmente il risultato dell'interazione tra persone con menomazioni e barriere comportamentali ed ambientali, che impediscono una piena ed effettiva partecipazione alla società su base di uguaglianza. Nel contempo, ha inteso promuovere e garantire il pieno ed uguale godimento dei diritti umani e di tutte le libertà fondamentali da parte delle persone con disabilità, fornendo un rilevante contributo a riequilibrare gli svantaggi sociali dei disabili e a favorire la loro partecipazione nella sfera civile, politica, economica e culturale, senza discriminazioni di alcun tipo[1].

Questo approccio ha concorso ad una sempre più ampia sensibilizzazione sociale sulla condizione delle persone disabili, a sollecitare interventi giuridici tesi al superamento di una logica assistenziale e sanitaria ed a spostare il baricentro delle normative da un impianto riparatorio-assistenziale, concentrato essenzialmente sulla menomazione psico-fisica, alla tutela della persona nella sua integralità[2].

---

[1] La Convenzione, infatti, all'art. 3, superando la concezione della disabilità come mera incapacità psicofisica, individua quali principi generali di riferimento: la dignità; l'autonomia individuale; la libertà di scelta; l'indipendenza delle persone; la non discriminazione; la piena ed effettiva partecipazione e inclusione nella società; il rispetto delle differenze e accettazione della disabilità come parte della diversità umana e dell'umanità; l'eguaglianza di opportunità; l'accessibilità; l'eguaglianza tra uomini e donne; e, per i bambini con disabilità, il rispetto per l'evoluzione delle capacità e del diritto a preservare la loro identità.

[2] Sul tema, si vedano i recenti contributi di Maria del Carmen Barranco Avilés, *La disabilità intellettiva e la disabilità psicosociale come situazione di vulnerabilità*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2018, 2, pp. 301-320; Maria Giulia Bernardini, *Disabilità, giustizia, diritto: itinerari tra filosofia del diritto e disability studies*, Giappichelli, Torino, 2016; Id., *Soggettività "mancanti" e disabilità. Per una critica intersezionale all'immagine del soggetto di diritto*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2018, 2, pp. 281-300; Thomas Casadei, *Introduzione* al focus su *Disabilità e diritto*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2018, 2, pp. 273-279; Carlo Colapietro, *Diritto dei disabili e Costituzione*, Editoriale

In effetti, i principali documenti prodotti dalle istituzioni comunitarie e dagli organismi internazionali manifestano una crescente sensibilità nel promuovere il riconoscimento del diritto delle persone con disabilità di beneficiare di misure volte a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità[3], e si inseriscono in un contesto ordinamentale in parte conforme ai principi in essi contenuti, a cominciare dal ruolo dello Stato nella fondamentale funzione di erogazione di servizi, di promozione ugualitaria dei diritti e di libere relazioni di cittadinanza.

Numerose sono, infatti, le disposizioni normative tese, ormai da alcuni anni, a favorire l'inclusione sociale dei disabili[4], in linea con l'impostazione

---

Scientifica, Napoli, 2011; Paolo Heritier, *La dignità disabile. Estetica giuridica del dono e dello scambio*, Dehoniane, Bologna, 2014; Giorgio Latti, *I diritti esigibili. Guida normativa all'integrazione sociale delle persone con disabilità*, Franco Angeli, Milano, 2019; Valeria Marzocco, *La disabilità mentale tra vulnerabilità soggettiva e controllo sociale. Il caso della sofferenza psichica*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2, 2018, pp. 321-333; Flavia Monceri, *Etica e disabilità*, Morcelliana, Brescia, 2017; Claudio Sartea, *Fragilità e giustizia. Alcune premesse antropologiche per la biogiuridica*, in *Medicina e Morale*, 3, 2016, pp. 315-334.

[3] Nella Costituzione Europea i diritti all'inserimento sociale delle persone con disabilità sono sanciti nella parte seconda, all'art. II-86, all'interno del Titolo III dedicato all'uguaglianza, mentre i diritti alla sicurezza sociale ed all'assistenza sociale sono nel successivo Titolo, rubricato "solidarietà". Al riguardo, è poi il caso di ricordare come, successivamente, al fine di rendere effettivo il diritto riconosciuto alle persone disabili di beneficiare di misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità, la Commissione europea ha anche adottato la Comunicazione del 15 novembre 2010 volta a delineare la "Strategia europea sulla disabilità 2010-2020", per un'Europa senza barriere.

[4] Sul tema si considerino soprattutto: la L. 104/1992 "*Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate*", tesa alla promozione dell'autonomia e la realizzazione dell'integrazione sociale dei disabili; la L. 68/1999 "*Norme sul diritto al lavoro dei disabili*", che ha introdotto misure a favore dell'occupazione delle persone con disabilità (cfr. Alberto Avio, *I lavoratori disabili tra vecchie e nuove discipline*, in Maria Vittoria Ballestrero, Gian Guido Balandi (a cura di), *I lavoratori svantaggiati tra eguaglianza e diritto diseguale*, il Mulino, Bologna, 2005, pp. 155-178; nonchè Francesco Buffa, *La disciplina lavorativa e previdenziale per i diversamente abili*, Giuffrè, Milano, 2009); e la L. 67/2006 "*Misure per la tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazione*", la quale ha istituito una tutela giudiziaria a favore dei disabili che garantisce loro un sistema di accesso celere ed agevolato nelle procedure. Assai rilevante è, inoltre, la legge 9 gennaio 2004, n. 4 "*Disposizioni per favorire l'accesso dei soggetti disabili agli strumenti informatici*", c.d. Legge Stanca, posta dal legislatore italiano in riferimento allo specifico tema dell'accessibilità, a tutela del diritto di ogni individuo ad accedere a tutte le fonti di informazione e relativi servizi, ivi compresi quelli che si articolano attraverso gli strumenti informativi e telematici. In particolare, viene garantito il diritto di accesso ai servizi informatici e telematici della pubblica amministrazione ed ai servizi di pubblica utilità da parte delle persone disabili, in ottemperanza al principio di uguaglianza e nella consapevolezza della necessità di intervenire in un ambito cruciale per la realizzazione di una democrazia sostanziale che persegue la promozione della persona (cfr. Augusto Romano, *Policies abilitanti e nuovo CAD: spunti critici su disabilità ed accessibilità informatica*, in *Rivista elettronica di diritto, economia, management*, 3, 2016, pp. 50-58). Sul punto, poi, è il caso di ricordare come si stia ormai consolidando la consapevolezza della necessità che venga garantita alle persone con disabilità non soltanto la protesi funzionale delle tecnologie assistive – che interfacciano persona e tecnologia – ma anche la possibilità di accedere all'universo informativo che è disponibile sulla

costante delle decisioni della giurisprudenza della Corte Costituzionale che ha riconosciuto come la tutela della condizione giuridica delle persone con disabilità non possa più essere limitata al piano dell'assistenza, ma, passando «attraverso l'interrelazione e l'integrazione dei valori espressi dal disegno costituzionale», debba essere tesa alla rimozione delle disuguaglianze[5]. E tale orientamento sui diritti inviolabili ed inalienabili della persona disabile è stato recentemente ribadito con una decisione assai significativa. Il Giudice delle leggi – chiamato a pronunciarsi in tema di garanzia dell'effettività del diritto all'istruzione dei disabili a fronte di vincoli di bilancio della finanza pubblica – ha, infatti, insistito sulla salvaguardia dei diritti sociali fondamentali chiarendo che «è la garanzia dei diritti incomprimibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione»[6].

Nonostante i maggiori vincoli alla spesa pubblica di cui al nuovo art. 81 Cost., la Consulta ha nettamente confermato che quando vengono in rilievo situazione giuridiche di soggetti c.d. deboli – e quindi particolarmente meritevoli di tutela – sono i diritti a prevalere sulle scelte di bilancio e sulla gestione delle risorse economiche e non viceversa.

In effetti, «fra esigenze economico-finanziarie ed esigenze sociali il bilanciamento va comunque compiuto, e la nostra Costituzione impone che si tratti di un bilanciamento ineguale, o meglio ancora che non si tratti di un vero e proprio bilanciamento (che è sempre fra eguali), perché il fine (il soddisfacimento dei diritti sociali della persona) non può essere posto sullo stesso piano del mezzo (l'efficienza economica)»[7].

---

rete, «la cui inaccessibilità sarebbe foriera di nuove forme di disuguaglianza digitale per gli esclusi, in termini di marginalità e di perdita di rilevanti opportunità informative, lavorative, educative e di partecipazione sociale e politica o, in altre parole, di perdita di significative opportunità esistenziali. Si prospetta dunque l'idea che la tecnologia non agisca soltanto da *amplificatore cognitivo*, ma divenga un vero e proprio *amplificatore sociale* per le persone disabili» (Marco Lazzari, *La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità e le tecnologie telematiche*, in Olivia Osio, Paride Braibanti (a cura di), *Il diritto ai diritti. Riflessioni e approfondimenti a partire dalla Convenzione Onu su diritti delle persone con disabilità*, Franco Angeli, Milano, 2012, p. 79).

[5] Al riguardo si veda la sentenza n. 325 del 1996. La medesima impostazione si rinviene anche in numerose altre decisioni, riguardanti in particolare i temi del diritto allo studio, del diritto all'accessibilità, dei diritti legati al mondo del lavoro e del diritto alle prestazioni assistenziali (cfr. sentenze nn. 215/1987, 406/1992, 88/1998, 167/1999, 52/2000, 226/2001, 190/2006, 251/2008, 306/2008, 431/2008, 11/2009, 80/2010, 187/2010, 329/2011, 40/2013, 258/2017).

[6] Corte Costituzionale, sentenza n. 275 del 16.12.2016, Presidente: Grossi – Relatore: Prosperetti.

[7] Massimo Luciani, *Sui diritti sociali*, in Roberto Romboli (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali,* Giappichelli, Torino, 1994, p. 100.

Riguardo al rapporto che i diritti sociali intrattengono con il principio democratico nel modello costituzionale contemporaneo si vedano, in ambito filosofico-giuridico, *ex multis*: Francisco J. Ansuátegui Roig, *Rivendicando i diritti sociali*, Esi, Napoli, 2014; Thomas Casadei, *I diritti sociali. Un percorso filosofico-giuridico*, Firenze University Press, Firenze, 2012; Luigi Ferrajoli, *La democrazia*

A situazioni uguali devono corrispondere trattamenti uguali e a situazioni diverse trattamenti diversi, ma per diventare uguaglianza sostanziale è necessario impegnare i pubblici poteri a realizzare effettivamente le condizioni necessarie al pieno sviluppo della persona umana.

Il potere-dovere delle amministrazioni pubbliche di non privilegiare pregiudizialmente, nell'iter della propria scelta, nessun interesse, ma di identificare e valutare tutti gli interessi coinvolti, inciderà, quindi, sull'esistente, sia negando trattamenti differenziati non giustificati, sia, al contrario, disponendo trattamenti differenziati, giustificati dalla specificità delle situazioni. Così come buon andamento significherà rispondenza della propria azione all'interesse che si deve curare e non mera efficienza intesa in chiave strettamente economicistica.

Ovviamente, l'interesse dei cittadini è volto a rendere le politiche pubbliche strumento qualificato di crescita sociale e di sviluppo della comunità, anche mediante un uso trasparente delle risorse, conforme ai criteri di economicità ed efficacia, nella consapevolezza che l'uso delle risorse non potrà essere espressione di mera volontà decisionistica, ma della capacità di tematizzare la giustizia come principio giuridico.

L'effettiva rimozione degli ostacoli che limitano la possibilità delle persone disabili di sviluppare l'intera gamma delle loro facoltà umane, senza discriminazioni, deve, pertanto, costituire la cartina di tornasole dell'operato dei pubblici poteri, nella costante tensione di realizzare lo scopo predeterminato dell'ordinamento di garantire l'uguaglianza fra le persone.

«Il principio di uguaglianza, quale è stabilito di solito nelle norme costituzionali, è appunto una norma, ossia una convenzione, stipulata proprio per valorizzare tutte le differenze di identità. È questo il significato, per esempio dell'art. 3 della Costituzione italiana, secondo il quale tutti sono uguali "senza distinzione" di sesso, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. Proprio perché tutti siamo irriducibilmente differenti e le differenze sono "fatti", si conviene il principio di uguaglianza, cioè l'uguale valore di tutte le differenze personali, a cominciare da quelle culturali, che fanno di ciascuna persona un *individuo differente* da tutti gli altri e di ciascun individuo una *persona uguale* a tutte le altre. Il principio di uguaglianza, in questo senso, è un principio normativo, non diversamente del resto dai diritti fondamentali rispetto ai quali l'uguaglianza – l'«égalité en droits» come dice l'art. 1 della Dichiarazione francese del 1789 – è predicata. Esso non riflette

---

attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico, Laterza, Roma-Bari, 2013; Anna Pintore, *Democrazia e diritti,* ETS, Pisa, 2010.

la realtà, ma è contro la realtà. Non è una descrizione, ma una prescrizione»[8].

Le predette decisioni giurisprudenziali, di certo apprezzabili, tuttavia, evidenziano che se nella Costituzione i soggetti deboli emergono come principali destinatari di rimozione degli ostacoli che ne impediscono il pieno sviluppo, in parte della normatività positiva dell'ordinamento si riscontra ancora una tendenza a ridurre il problema dell'handicap a questioni redistributive, retributive o risarcitorie, secondo un modello di giustizia che, pur nell'intento di considerare la condizione disabile, rimane ancorato a una concezione astratta della persona e, quindi, non autenticamente inclusivo.

Il limite principale sta nel considerare, astrattamente, la società giusta quale espressione della mutua cooperazione tra decisori razionali ed indipendenti che mirano al vantaggio reciproco, senza riconoscere adeguatamente quelle situazioni esistenziali che nella realtà si discostano dalla condizione di cittadini liberi ed autonomi[9].

Una nuova grammatica dei diritti delle persone disabili **è** quindi auspicabile e dovrà prendere sul serio la radice antropologica del giuridico, considerando la rilevanza autonoma delle concrete condizioni esistenziali di ciascuno nell'ordinamento e spostando il baricentro delle normative da un impianto riparatorio-assistenziale alla tutela effettiva della persona nella sua integralità.

Ineludibile, pertanto, prendere in considerazione non l'astratto individuo, ma la persona, intorno alla quale si unificano figure soggettive diverse, espressione degli stati e degli stadi della vita[10], alla luce di un'antropologia che ridimensioni l'enfasi sull'autonomia individuale dando maggior rilievo alla fragilità e all'interdipendenza, nella consapevolezza che la vulnerabilità è parte, in tempi, modalità ed a livelli diversi, della vita di chiunque[11].

---

[8] Luigi Ferrajoli, *Universalismo e multiculturalismo*, in *Parole chiave*, numero collettaneo dedicato al tema *Le Carte degli altri*, 2007, p. 37. Sul punto, dello stesso autore, si veda il recente *Manifesto per l'uguaglianza,* Laterza, Roma-Bari, 2018. Al riguardo, poi, utili riflessioni sono in Gaetano Silvestri, *Dal potere ai principi. Libertà ed uguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari, 2009, in part. pp. 76 ss. Nella cultura giuridica amministrativistica si vedano al riguardo Umberto Allegretti, *L'amministrazione dall'attuazione costituzionale alla democrazia partecipativa*, Giuffrè, Milano, 2009 e Giorgio Berti, *Diritto e Stato: riflessioni sul cambiamento*, Cedam, Padova, 1986.

[9] Sulla teoria della giustizia come equità e sul *capability approach*, si rinvia agli studi, ormai classici, di Rawls, Sen e Nussbaum. Per recenti riflessioni sul tema si vedano Paolo Heritier, *Clinica legale della disabilità, terzietà e giustizia*, in *Questione giustizia*, 3, 2018, pp. 8-16 e Maria Zanichelli, *Paradigmi di giustizia alla prova della disabilità,* in *Rivista di filosofia del diritto*, 1, 2013, pp. 205-225.

[10] Cfr. Baldassare Pastore, *Soggettività giuridica e vulnerabilità*, in Orsetta Giolo, Baldassare Pastore (a cura di), *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, Carocci, Roma, 2018, in part. pp. 131 ss.

[11] Cfr. Angelo Abignente, *Vulnerabilità del diritto: appunti per una mappa concettuale*, in Orsetta Giolo, Baldassare Pastore (a cura di), *op. cit*., pp. 183-185; Fabio Ciaramelli, *La vulnerabilità: da*

Mentre gli esseri umani sono ontologicamente uguali, le persone sono diverse, perché sono molteplici le loro condizioni di vita. Quindi, il rispetto dell'essere umano in quanto tale assume, nei confronti della persona, un carattere multiforme che richiede la tutela delle specificità del particolare stato di vita.

Insomma, «la tutela della persona si amplia con riguardo alla protezione delle spettanze variamente articolate.

L'astrattezza del soggetto si dissolve nella concretezza dei bisogni di persone "situate". L'essere umano, in sostanza, è considerato nella specificità delle sue diverse maniere d'essere, con riguardo alle esigenze legate alla vita materiale»[12].

L'inclusione dei disabili in un autentico legame sociale, espressione dell'incessante sinergia dello stare in relazione nel riconoscimento fra compresenti, non può, infatti, ridursi al mero baratto di vantaggi a fronte di una collaborazione autointeressata, ma implica un accordo più profondo tra i cittadini che investe la sfera dei valori, in un'esperienza giuridica che riconosce la relazionalità intersoggettiva nella parità ontologica dei coesistenti.

Maturando relazioni dialogiche nell'ambito di interazioni reticolari che agevolano l'emersione di ulteriori capacità della persona disabile, può essere espressa una partecipazione pubblica confacente a promuovere un'azione politica non più paternalistica, con tutti i soggetti del vivere insieme.

Produrre normative e pratiche di intervento inclusive tra individui posti in relazioni strutturali e interpersonali comporta, insomma, l'assunzione degli altri come compartecipi di un progetto che li riconosce nella loro specificità e differenza, come soggetti di rapporto, in un bilanciamento coerente fra libertà ed uguaglianza che istituisce nuovi significati condivisi e, quindi, efficaci politiche sociali.

Pertanto, solo esprimendo policies abilitanti per ciascun cittadino della co-

---

caratteristica dei soggetti a carattere del diritto, in Orsetta Giolo, Baldassare Pastore (a cura di), *op. cit.*, pp. 171-182; Elena Pariotti, *Vulnerabilità e qualificazione del soggetto: implicazioni per il paradigma dei diritti umani,* in Orsetta Giolo, Baldassare Pastore (a cura di), *op. cit.*, pp. 168 ss.; Dianora Poletti, voce *Soggetti deboli*, in *Enciclopedia del diritto*, *Annali*, VII, Giuffrè, Milano, 2014, pp. 962-986; Geminello Preterossi, *La dimensione sociale della vulnerabilità*, in Orsetta Giolo, Baldassare Pastore (a cura di), *op. cit.*, pp. 205 ss.; Aldo Schiavello, *Vulnerabilità, concetto di diritto e approccio clinico-legale,* in *Etica &Politica*, 3, 2019, pp. 255-277; Pierfranco Savona, *Sulla vulnerabilità istituita: il doppio vincolo della soggettivazione tra affidamento e riconoscimento,* in *Etica &Politica*, 3, 2019, pp. 331-342.

[12] Baldassare Pastore, *Soggettività giuridica e vulnerabilità*, *op. cit.* p. 132. Sul tema del soggetto di diritto, più in generale, si vedano nella riflessione filosofico-giuridica i contributi di Salvatore Amato, *Il soggetto e il soggetto di diritto,* Giappichelli, Torino, 1990 e di Sergio Cotta, *Soggetto umano – Soggetto giuridico*, Giuffrè, Milano, 1997, nonché la voce *Soggetto di diritto,* in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLII, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 1213-1226.

munità potrà ritenersi soddisfatta la funzione precipua delle politiche pubbliche di attuazione degli scopi predeterminati dall'ordinamento, alla luce della gerarchia dei valori che caratterizza la legalità costituzionale.

Significa, inoltre, riconoscere che la policy abilitante sarà tanto più efficace quanto più sarà in grado di implementare un'organizzazione amministrativa, tesa realmente all'imparzialità ed al buon andamento, capace di distinguere l'inclusione dalla mera assimilazione, passando dal sistema dell'uniformità a quello della pluralità e della diversità. L'inclusione va dunque intesa come apertura a quella pluralità di possibilità diversificate, davvero capaci di consentire a ciascun cittadino di realizzare pienamente se stesso. L'appartenenza ad una comunità politica, il riconoscimento del primato della persona e la tutela dei diritti, indivisibili ed interdipendenti, strutturano quindi un assetto istituzionale idoneo a contrastare ogni forma di discriminazione e a porre eguaglianza e libertà quali principi imprescindibili per l'attualizzazione dei presupposti della democrazia sostanziale.

I diritti fondamentali integrano, così, «un movimento universalistico e unificante e, al contempo, tendono alla moltiplicazione e specificazione, in un'ottica orientata alla protezione di situazioni e posizioni, individuali e collettive, diversificate. La fenomenologia dei diritti, allora, diventa il luogo della riflessione contemporanea sullo statuto giuridico della persona, alla ricerca di una universalità concreta.

Una siffatta universalità implica che la soggettività giuridica si incardini sui diritti che appartengono ad ognuno in quanto persona e che conformano la sua dignità nell'ambito delle relazioni intersoggettive.

La dignità disegna lo statuto della persona e si connette indissolubilmente alla libertà e all'uguaglianza degli esseri umani. Si tratta, infatti, di mettere ciascuno nelle condizioni di determinare il proprio progetto di vita, di compiere le proprie scelte, di sviluppare le proprie facoltà, di riconoscere la propria identità.

La nozione di dignità consente di articolare il discorso sul trattamento dovuto agli esseri umani con la loro costitutiva relazionalità e si pone come qualificazione normativa in base alla quale l'essere umano, la persona, è un valore in sé. Le sue conseguenze sono quelle del riconoscimento dei diritti e della presenza di doveri di rispetto»[13].

La base assiologica unitaria tra libertà e eguaglianza degli esseri umani è pertanto la dignità[14]. E solo tenendo presente, in concreto, la finitezza esi-

---

[13] Baldassare Pastore, *op. cit.*, p. 132.

[14] Al riguardo Luigi Ferrajoli ha recentemente ricordato che «la dignità della persona forma il postulato morale che implica ed è implicato da tutti gli altri principi etico-politici costituzionalmente

stenziale di ciascuno, la comune vulnerabilità, l'insopprimibile dipendenza reciproca, si può riconoscere una dignità anche nell'handicap, nella malattia, nell'invecchiamento, nella debolezza, nella diversità e prendere sul serio impegni etici, obblighi giuridici e politici, responsabilità sociali.

La politica deve quindi trovare nel diritto la propria misura, nella consapevolezza che la dignità non può essere effetto di un bilanciamento di valori «*ma è la bilancia medesima*»[15].

RIASSUNTO

Una nuova grammatica dei diritti delle persone disabili, che sposti il baricentro delle normative da un impianto riparatorio-assistenziale alla tutela della persona nella sua integralità, presuppone che le concrete condizioni esistenziali di ciascuno penetrino nell'ordinamento assumendo rilevanza autonoma.

Riesce, pertanto, ineludibile prendere in considerazione non l'astratto individuo, ma la persona, intorno alla quale si unificano figure soggettive diverse, espressione degli stati e degli stadi della vita, alla luce di un'antropologia che ridimensioni l'enfasi sull'autonomia individuale dando maggior rilievo alla fragilità e all'interdipendenza, nella consapevolezza che la vulnerabilità è parte, a livelli diversi, della vita ordinaria di chiunque.

Garantire pratiche inclusive tra individui posti in relazioni strutturali e interpersonali comporta, quindi, l'assunzione dei disabili come compartecipi di un progetto che li riconosca nella loro specificità e differenza, come soggetti di rapporto, in un bilanciamento coerente fra libertà ed uguaglianza che istituisce nuovi significati condivisi e, quindi, efficaci politiche sociali.

PAROLE CHIAVE

diritti delle persone con disabilità, diritti umani e vulnerabilità, dignità umana.

---

stabiliti, a cominciare dai diritti fondamentali, sia di libertà che sociali, e conseguentemente dall'uguaglianza, che altro non né che l'uguaglianza in tali diritti» (*Dignità e libertà*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 1, 2019, p. 23).

Per utili riflessioni sul tema, cfr. *ex multis* e con orientamenti vari: PAOLO BECCHI, *Il principio di dignità umana*, Morcelliana, Brescia, 2009; LORENZO D'AVACK, *Il paradigma dignità: usi etici e giuridici*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 1, 2019, pp. 11-21; MARINA LALATTA COSTERBOSA, *Una bioetica degli argomenti*, Giappichelli, Torino, 2012; LAURA PALAZZANI, *Il concetto di persona tra bioetica e diritto*, Giappichelli, Torino, 1996; FRANCESCA POGGI, *Dignità e autonomia: disaccordi semantici e conflitti di valore*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2019, 1, pp. 33-50; EUGENIO RIPEPE, *Sulla dignità umana e su alcune altre cose*, Giappichelli, Torino, 2014; GIORGIO RESTA, *"How to Do Things with Words". Three Uses of Human Dignity*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 1, 2019, pp. 67-79; ID., *La dignità*, in *Trattato di Biodiritto,* in STEFANO RODOTÀ, PAOLO ZATTI (a cura di), I, *Ambito e fonti del diritto*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 259-285; STEFANO RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti,* Laterza, Roma-Bari, 2009; FRANCESCO VIOLA, *Dignità umana*, in *Enciclopedia filosofica*, vol. 3, Bompiani, Milano, 2006, pp. 2863-2865.

[15] GAETANO SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona,* Intervento al Convegno trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, tenutosi a Roma il 1 ottobre 2007, pubblicato il 14 marzo 2008 in: *http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/old_sites/sito_AIC_2003-2010/dottrina/libertadiritti/silvestri.html*, p. 2.

Abstract

A new grammar of the rights of person with disabilities, that shifts the legislation barycentre from a remedial-assistive system to the protection of the human person in its totality, presupposes that the actual existential conditions of everyone enter our legal system and assume a stand-alone significance.

It becomes then inescapable to take in consideration not the abstract individual but the person, in which different subjects unify, which are expression of the states and the stages of life, in the light of an anthropology that reduces emphasis upon individual autonomy and emphasises frailty and mutual dependence, with the awareness that vulnerability is, to varying degrees, a part of ordinary life for everyone.

Ensuring inclusive practices for individuals which are in structural and interpersonal relation results in the acceptance of disabled persons as sharers of a project that recognizes them in their specificity and difference, as subjects of relationship, with a coherent balance between freedom and equality that establishes new shared meanings and thus effective social policies.

Key words

Rights of Persons with Disabilities, Human Rights and Vulnerability, Human Dignity

"Gratia perficit, non destruit naturam". A proposito del pensiero di Eugenio Corecco in materia matrimoniale[*]

Daniela Tarantino

Sommario: *1. La "teologicità" del diritto canonico nel pensiero di Corecco – 2. L'inseparabilità fra contratto e sacramento. Brevi note storico-giuridiche –3. La sacramentalità del matrimonio nella riflessione teologica di Eugenio Corecco*

1. La "teologicità" del diritto canonico nel pensiero di Corecco

Rilevante è il contributo apportato da Eugenio Corecco, vescovo di Lugano dal 1986 sino alla sua morte avvenuta il 1 marzo 1995, all'elaborazione di quella "teologia del matrimonio" che trova nella Costituzione Pastorale *Gaudium et Spes* la sua fonte primaria e nell'attuale Codice di Diritto Canonico il suo coerente sviluppo[1]. Per poter comprendere il contributo canonistico apportato dal vescovo di Lugano al pensiero teologico post-conciliare sul matrimonio – tema di cui non si è occupato in maniera sistematica, ma il cui filo

---

[*] Il contributo riproduce, con gli opportuni approfondimenti e le note, il testo della relazione tenuta alla Annual Conference dell'*European Academy of Religion* (Bologna, 5-8 marzo 2018). Si precisa che, ai fini del presente contributo, ci si è avvalsi del Fondo Corecco depositato presso la Biblioteca universitaria di Lugano, la cui consultazione, durante un soggiorno di ricerca, mi è stata agevolata dal Professor Libero Gerosa che sentitamente ringrazio.

[1] Il Concilio Vaticano II ha espressamente dedicato al sacramento del matrimonio il Capitolo Primo Parte Seconda della *Gaudium et Spes*, rivolta all'intera famiglia umana con cui la Chiesa intende dialogare. Proprio per tale ragione i paragrafi dal 47 al 52 sono incentrati sul concetto di *amor coniugalis* in cui convergono tutti i punti cruciali del dibattito conciliare in merito, ossia l'essenza dell'amore, l'importanza degli affetti e della corporalità, l'apertura dell'individuo alla società, la connessione con la natura (per i testi del Concilio, cfr. il *textus recognitus* della *Gaudium et Spes* negli Atti del Concilio: tomo IV, vol. IV, parte VI, p. 421 ss.; il matrimonio appare a partire da IV, VI, p. 474; cfr. *textus denuo recognitus*: IV, VII, p. 329 ss. I *modi* appaiono a partire da p. 471; cfr. anche IV, VII, p. 765 ss., *sessio* pubblica IX. Sulla storia del Concilio Vaticano II cfr. Giuseppe Alberigo, *Breve storia del Concilio Vaticano II 1959-1965*[2], Il Mulino, Bologna, 2005; per una sintetica ma efficace analisi del rapporto Vaticano II e società cfr. fra gli altri Francesco Iannone, *Chiesa e modernità: il Concilio Vaticano II*, in *Teologia e vita. Quaderni dell'Istituto Superiore di Scienze Religiose Giovanni Duns Scoto*, 7, 2012, pp. 5-18.

conduttore è possibile rintracciare nei diversi saggi ed articoli ad esso dedicati[2] – è necessario partire dalla sua concezione del diritto canonico.

Non è semplice ripercorrere le tappe che hanno caratterizzato la canonistica del XX secolo, soprattutto in riferimento alle vicende che hanno condotto alla codificazione, ma certamente Eugenio Corecco è stato, fra gli allievi della cosiddetta scuola di Monaco[3], uno dei maggiori fautori dell'esigenza di «rivendicare una fondazione teologica del diritto canonico … e discutere nuovi criteri metodologici»[4]. In particolare, il vescovo ticinese ritiene che il diritto canonico, differentemente dal diritto secolare, «non scaturisce dalla dinamica spontanea della convivenza umana, ma dal dinamismo speciale e dal sistema delle forze particolare che è presente nella natura della comunità ecclesiale»[5]. La dimensione teologica del diritto canonico si concretizza, così, per Corecco nel superamento, verificatosi attraverso la nuova ecclesiologia conciliare, del collegamento fra diritto canonico e nozione di *societas perfecta*, reso ancora più evidente dal nuovo *Codex iuris canonici*, in cui il principio di comunione propugnato dal Vaticano II si realizza mediante la sostituzione del soggetto protagonista, che non è più il clero nella sua composizione gerarchica, bensì il fedele inserito nel popolo di Dio[6]. Pur nelle contraddizioni in esso contenute, e che Corecco non nasconde definendolo «un'opera di transizione»[7], il nuovo Codice rappresenta un impor-

---

[2] Come sottolineato dalla dottrina (cfr. da ultimo Romeo Astorri, *La ricerca canonistica di Eugenio Corecco. Spunti per una ricostruzione*, in Aa. Vv., *Fede, comunione e diritto. Eugenio Corecco e la canonistica postconciliare*, Ripresa FTL, Lugano, 2014, p. 21), il primo contributo del canonista ticinese dedicato al tema centrale della sua riflessione sul matrimonio, ossia l'inseparabilità fra contratto e sacramento, risale al 1970, anno in cui scrisse il suo saggio sul ruolo "ministeriale" del sacerdote nel matrimonio all'interno dei lavori preparatori del Concilio Vaticano I. Quindi continuò ad occuparsene in due articoli del 1974 dedicati esplicitamente all'argomento che viene accuratamente esaminato dal punto di vista storico-giuridico-teologico, sino a giungere ai contributi inerenti lo studio del tema nel Concilio Vaticano II e nel Codice vigente.

[3] Per una sintetica ed efficace analisi sulla scuola canonistica bavarese e sulla sua collocazione nel contesto storico-giuridico e socio-culturale post-conciliare cfr. Paolo Gherri, *Teologia del diritto canonico: il nome di una crisi*, in *Ius Canonicum*, 85, 2003, pp. 249-299; Stefano Violi, *Teologia e diritto nel mistero della Chiesa: spunti di riflessione*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*. Rivista telematica (*www.statochiese.it*), febbraio 2008, pp. 1-54 e Libero Gerosa, *Teologia del diritto canonico: fondamenti storici e sviluppi sistematici*, Europress, Varese, 2010, pp. 118-124.

[4] Carlo Fantappie', *Scienza canonistica del Novecento. Percorsi nelle Chiese cristiane*, in Id. (a cura di), *Itinerari culturali del diritto canonico del novecento*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 169.

[5] Romeo Astorri, *La ricerca canonistica di Eugenio Corecco…*, cit., p. 12.

[6] Per approfondimenti sulla sostituzione all'interno del Codice del bipolarismo dialettico del rapporto chierico-laico con la dialettica circolare di reciprocità e complementarietà degli *status*, cfr. Eugenio Corecco, *I presupposti culturali ed ecclesiologici del nuovo* Codex, in Silvio Ferrari (a cura di), *Il nuovo codice di diritto canonico. Aspetti fondamentali della codificazione post-conciliare*, Il Mulino, Bologna, 1983, soprattutto p. 624 ss.

[7] Eugenio Corecco, *Ius universale*, in Graziano Borgonovo, Arturo Cattaneo (a cura di), *Ius et communio*, vol. II, Piemme, Lugano-Casale Monferrato, 1997, p. 567. In modo particolare, negli

tante passo avanti nella direzione dell'acquisizione di un metodo teologico che non privi la norma canonica «della propria forza giuridica vincolante»[8].

Nell'epoca post-conciliare la *lex canonica*, che nell'attuale riflessione bergogliana sull'ermeneutica della legge diventa «l'autentico orizzonte della verità giuridica da amare, da cercare e da servire»[9], secondo il pensiero di Corecco non può più definirsi «come *ordinatio rationis*, essendo da intendere come *ordinatio fidei*»[10] nella sua prospettiva di collegamento ad un ordine giusto della Chiesa. A vivere è una legge superiore, per cui «anche la parola del diritto è strumento di cui la Sapienza divina si serve per indicare agli uomini ciò che è giusto e vero nella Chiesa e il cammino per raggiungere la piena *communio Ecclesiae et Ecclesiarum*»[11]. Quest'ultima, nella riflessione del vescovo di Lugano, è la categoria capace di giustificare la presenza dei cosiddetti diritti primari, poiché in base ad essa «a livello istituzionale, la Chiesa universale esiste concretamente solo se si realizza nelle Chiese particolari» che a sua volta la costituiscono, così come, partendo dai presupposti tracciati dall'antropologia teologica, «il cristiano … ha nella *communio* la legge fondamentale del rapporto con gli altri fedeli», in quanto all'identificazione della *communio* quale legge fondamentale consegue «l'affermazione del collegamento tra diritti e doveri, della loro intrinseca reciprocità»[12].

In sostanza nella prospettiva della *communio* il diritto umano universale e quello particolare hanno la funzione «di garantire, di volta in volta nel corso nella storia, sia l'unità che la pluralità dell'unica Chiesa di Cristo»[13].

Nel momento in cui Corecco presenta la Chiesa come istituzione voluta da Cristo con carattere di società complessa, con un aspetto visibile e un altro invisibile, elabora un pensiero escatologico circa la giustizia non come fine del diritto bensì quale essere profondo dello stesso, poiché «il diritto è strumentale su molti

---

suoi ultimi interventi si nota «un progressivo irrigidimento nell'interpretazione del diritto codiciale ancora tributario di un'ecclesiologia societaria» (Romeo Astorri, *La ricerca canonistica di Eugenio Corecco*…, cit., p. 20).

[8] Eugenio Corecco, *L'apporto della teologia alla elaborazione di una teoria generale del diritto*, in *Ius et communio*, cit., vol. I, p. 303.

[9] Francesco, *Allocuzione alla Rota Romana*, 24 gennaio 2014, in *www.rotaromana.va*.

[10] Libero Gerosa, *Fonti e significato del contributo di Eugenio Corecco alla riforma delle leggi della Chiesa*, in Aa. Vv., *Fede, comunione e diritto*…, cit., p. 35.

[11] Andrea Bettetini, *La parola del diritto nella Chiesa*, in AA. VV., *Fede, comunione e diritto*…, cit., p. 31.

[12] Romeo Astorri, *La ricerca canonistica di Eugenio Corecco*…, cit., pp. 18-19.

[13] Eugenio Corecco, *Ius universale*…, cit., p. 565. Partendo dalla consapevolezza che «la comunità cristiana non può essere spiegata in modo orizzontale, essenzialmente sociologico. Il rapporto col Signore, la provenienza e l'orientamento a Lui è la condizione della sua esistenza» (Benedetto XVI, *La comunione nella Chiesa*, Il Pozzo, Cinisello Balsamo, 2004, p. 80).

punti, ma quando presenta gli elementi essenziali dell'istituzione ecclesiastica, è *cultura* perché è realizzazione di questa Chiesa voluta da Cristo … è giustizia perché porta in sé il giusto istituzionale»[14]. La *communio*, rispetto ad ogni altra forma di socialità, rappresenta una realtà teologica qualitativamente diversa rispetto ad altre forme di socialità poiché basata sulla Rivelazione: pur esprimendosi nella relazione di solidarietà, fraternità e carità reciproca, tuttavia, come affermato da Corecco, «non si esaurisce in un semplice rapporto psicologico e affettivo» in quanto la comunione è anzitutto «un rapporto oggettivo e strutturale che determina tutte le componenti essenziali del nostro essere Chiesa»[15].

Queste riflessioni potrebbero essere considerate le premesse essenziali da cui prende corpo "il concetto" di *lex canonica* quale *ordinatio fidei*, presentato da Corecco nel 1976, durante il terzo Congresso internazionale di diritto canonico svoltosi a Pamplona. Concetto dall'autore indicato nella sua esposizione orale come proposta «non come una definizione, come un'ipotesi di lavoro, atta a permettere alla canonistica post-conciliare nel suo insieme di cogliere con maggior precisione la *quidditas* della legge canonica»[16]. La *lex canonica* a servizio della *communio Ecclesiae*, interpretata dal punto di vista teologico e scevra dagli equivoci dottrinali e dalle deviazioni applicative che talvolta hanno accompagnato l'interpretazione dell'ecclesiologia conciliare, secondo la riflessione canonistica di Corecco può contribuire, «dal punto di vista della spiegazione teologica e dal punto di vista della ragion d'essere del diritto nella vita e nella missione della Chiesa», all'inquadramento della categoria della *comunione* quale decisiva per «capire logicamente la relazione costitutiva fra valenza visibile e invisibile del mistero della Chiesa e al contempo la natura e il contenuto storico salvifico della sua missione»[17].

Il pastore ticinese, sulla scia dell'impulso di Mörsdorf[18], concepisce il diritto canonico come realtà ecclesiale nella sua essenza, ma giuridicamente specificata in quanto ordinamento giuridico di un'istituzione, la Chiesa, concepita

---

[14] Patrick Valdrini, *Il diritto come cultura e giustizia*, in Aa. Vv., *Fede, comunione e diritto…*, cit., p. 72.

[15] Eugenio Corecco, *Omelia per l'ordinazione episcopale nella Cattedrale di Lugano*, 29 giugno 1986, ora in Id., *Un Vescovo e la sua Chiesa,* I, Ed. Cantagalli, Siena, 2005, p. 22.

[16] Libero Gerosa, *La legge canonica quale "ordinatio fidei". La lezione di Eugenio Corecco sul metodo scientifico nella canonistica*, in Id. (a cura di), *Antropologia, fede e diritto ecclesiale*, Jaca Book, Milano, 1995, p. 21.

[17] Antonio Maria Rouco Valera, *Da un'amicizia sacerdotale ad un'amicizia accademica*, in AA. VV., *Fede, comunione e diritto…*, cit., p. 66.

[18] Sul punto cfr. Pierluigi Consorti, *Balthasar, Mörsdorf, Corecco: continuità ed ereditarietà nell'ordinamento giuridico ecclesiale. La necessità di tornare a un diritto canonico pratico*, in *Il diritto ecclesiastico* 2, 2016, pp. 411-424.

come "mistero di comunione" in cammino e pertanto da inquadrare in una prospettiva di fede, l'unica in grado di evidenziare l'importanza dei due aspetti di cui lo stesso si compone, quello giuridico e quello teologico. Tali aspetti, relazionandosi tra loro, danno origine al "metodo canonistico", inteso come criterio orientativo per risolvere, a seconda della priorità accordata all'uno o all'altro aspetto in base alle esigenze del caso concreto, le relative questioni epistemologiche, promuovendo così il rinnovamento della scienza canonistica nella rivalutazione della sua natura teologica[19].

Ciò non significa per il canonista svizzero "degiuridicizzare" il diritto canonico, ma affermare l'*ordinatio fidei* quale presupposto dell'*ordinatio rationis*, in quanto il diritto canonico necessita di essere studiato e analizzato attraverso parametri, principi e categorie determinate dalla fede[20]. Dunque *ordinatio fidei* in senso soggettivo, conosciuta in quanto rivelata, intesa come «*ordo* che regola la funzione e l'esercizio dei ruoli all'interno della Chiesa sulla base di una oggettività intrinseca alla natura costituzionale della Chiesa»[21]; e *ordinatio fidei* in senso oggettivo, derivante dall'ordine immanente dei contenuti essenziali di cui si compone lo *ius divinum*, «per il quale se non è in alcun modo pensabile una modificazione che altererebbe in modo sovversivo l'essenza e il fine stesso della Chiesa, è però senz'altro ipotizzabile un'interpretazione-comprensione che arrivi a una più profonda penetrazione della loro *ratio* sottesa, in uno sviluppo del dato autoritativo ricevuto, tale da comportare un'esposizione via via *illustrius*, di ciò che precedentemente era sì creduto ma *obscurius* … ponendo una multiformità

---

[19] Cfr. Arturo Cattaneo, *Il contributo di Eugenio Corecco alla canonistica*, in *Ius et communio*, cit., pp. 36-37. Il diritto canonico, dunque, concepito come "disciplina teologica" e "realtà giuridico-analogica" il cui nucleo di natura normativa appartiene alla Rivelazione, distinguendosi pertanto da quello del diritto secolare sia nella forma che nei contenuti pur nella comunanza del carattere vincolante peculiare di entrambi. Il "metodo teologico" del vescovo ticinese, basandosi sulla Rivelazione e procedendo alla luce della fede, fa sì che «l'oggetto materiale della sua conoscenza non sia il mistero cristiano nella sua globalità, ma semplicemente nelle sue implicazioni giuridico istituzionali, siano esse di diritto divino o di diritto umano» (Eugenio Corecco, Libero Gerosa, *Il diritto della Chiesa*, Jaca Book, Milano, 1995, p. 60. Per una sintetica ed efficace disanima dei possibili profili di criticità derivanti dalla "teologizzazione" del diritto canonico e per una prospettazione di soluzioni che trovano nella *rationabilitas* canonica le loro radici, cfr. Carlo Fantappiè, *Diritto canonico codificato*, in: *www.pars-edu.it.files*, pp. 654-700).

[20] Cfr. Arturo Catteneo, *Il contributo di Eugenio Corecco*…, cit., pp. 39-41. Corecco afferma che «il *locus theologicus* del Diritto Canonico è il mistero dell'Incarnazione che si ripropone nella storia attraverso il mistero della Chiesa … ne consegue che dobbiamo misurare la natura propria della giuridicità del Diritto Canonico in primo luogo, non per analogia con quella del Diritto Secolare, ma prendendo come termini di confronto diretto gli elementi giuridici contenuti nella storia della Salvezza stessa» (Eugenio Corecco, *Natura del diritto canonico*, in Eugenio Corecco, Antonio Maria Rouco Valera, Libero Gerosa, Ludger Muller, *Chiesa e diritto. Un dibattito trentennale su fondamenti e metodo della canonistica*, EuPress, Lugano, 2002, p. 48).

[21] Stefano Violi, *Teologia e diritto*…, cit., p. 51.

di norme situate su un livello inferiore, il "diritto umano", caratterizzato dal tratto distintivo dell'*elasticità*»[22]. Ciò implica, dal punto di vista metodologico, che metodo teologico e metodo giuridico contribuiscano in maniera complementare alla configurazione del metodo canonistico, sebbene «il metodo giuridico – in quanto espressione della razionalità umana – non può essere applicato al Diritto canonico in modo autonomo, ma subordinato … perché il Diritto canonico possa rimanere una realtà autenticamente ecclesiale senza subire compromettenti secolarizzazioni, il principio ultimo che informa intrinsecamente il suo metodo non può essere che la fede»[23].

Mediante l'acquisizione della consapevolezza della "teologicità" del diritto canonico, con cui è possibile cogliere adeguatamente le differenze esistenti fra il diritto secolare e il diritto della Chiesa – così come affermato da Paolo VI che definiva quest'ultimo «ius sacrum, prorsus distinctum a iure civili»[24] – Corecco auspica che "nel diritto canonico il problema della certezza giuridica possa «essere sacrificato per lasciare spazio alla giustizia ed alla verità oggettiva»[25], inserendosi all'interno dell'orizzonte della certezza teologica, l'unica capace di andare al profondo dell'essenza dello «*Ius Sacrum* che vige ed opera all'interno della Chiesa, in una prospettiva che, evidentemente, trascende quella meramente storico-umana, anche se la conferma e la avvalora»[26]. In questo senso la sua concezione "teologica" del diritto canonico può dirsi in sintonia con il pensiero post-conciliare che, nell'affermare come l'interpretazione della *lex canonica* non possa ridursi ad una mera applicazione delle norme al caso concreto, sprona l'interprete ad utilizzare il principio del *sentire cum Ecclesia*, in cui la norma canonica risulta vincolante nella misura in cui lascia emergere un'esigenza di *communio*, che risulta principio

---

[22] *Ibidem*, pp. 52-53. Sul tema dell'elasticità del diritto canonico mi permetto di rimandare da ultimo a Daniela Tarantino, *"Eppur si muove". La socialità del diritto canonico tra ieri e domani*, in Pierluigi Consorti (a cura di), *Costituzione, religione e cambiamenti nel diritto e nella società*, Pisa University Press, Pisa, 2019, pp. 215-225.

[23] Eugenio Corecco, *"Ordinatio Rationis" o "Ordinatio Fidei"? Appunti sulla definizione della legge canonica*, Jaca Book, Milano, 1977, pp. 67-68.

[24] Paolo VI, *Allocuzione alla Rota Romana*, *8 febbraio 1973*, in: *www.vatican.va.documents*.

[25] Gian Piero Milano, *Il contributo di Eugenio Corecco per una teologia del diritto canonico*, in Aa. Vv., *Fede, comunione e diritto*…, cit., pp. 53-54.

[26] Giovanni Paolo II, *Allocuzione in occasione della presentazione ufficiale del nuovo Codice*, 3 febbraio 1983, in *Insegnamenti di Giovanni Paolo II*, 6-1, 1983, p. 314. La distinzione tra ordinamento canonico e ordinamento secolare si traduce concretamente, per Corecco, «nella modalità tipica con la quale il Diritto Canonico diventa vincolante e negli istituti grazie ai quali esso si articola in ordinamento giuridico (in quanto) l'ordinamento canonico non tende per principio, a differenza di quello statale, a garantire l'effetto o il risultato materiale … non ha la pretesa di piegare l'individuo ad una situazione di fatto, ma quella di metterlo di nuovo di fronte alla proposta di una libera scelta» (Eugenio Corecco, *Natura del diritto canonico*, in *Chiesa e diritto*…, cit., p. 49).

strutturale della realtà ecclesiale, dove viene mediata e realizzata la Salvezza[27], anche attraverso il compimento del *munus santificandi*.

Proprio la considerazione del sacramento come realtà non sovrapposta esternamente al contratto, ma come «fatto che verificandosi restituisce al matrimonio tutto il suo significato originario»[28], diventa principio cardine del pensiero teologico di Eugenio Corecco sul matrimonio.

2. *L'inseparabilità fra contratto e sacramento. Brevi note storico-giuridiche*

Il canonista ticinese nell'analizzare l'istituto matrimoniale parte dalla riflessione teologica e dall'analisi storico-giuridica circa l'inseparabilità fra contratto e sacramento, i cui prodromi dottrinali hanno radici antiche. Sulla costruzione giuridica del matrimonio – il cui inserimento all'interno della sfera giurisdizionale ecclesiastica iniziato nel X secolo e condotto a completamento nel XIII, trova le sue radici nella distinzione fra *res spirituales* e *res temporales* introdotta dalla riforma di Gregorio VII[29] – incidono tre componenti essenziali. Anzitutto la consapevolezza da parte della Chiesa che l'istituto matrimoniale, nucleo di base dell'articolazione dei rapporti sociali, pone questioni implicanti la *salus animarum*; in secondo luogo, un maggiore utilizzo di strumenti tecnico-giuridici sino ad allora scarsamente impiegati, derivante dal consolidamento delle istituzioni ecclesiastiche sul territorio e dall'ampliamento delle funzioni del parroco; in ultimo, il diffondersi della sistematica teologica che riempie il matrimonio di significati religiosi e lo definisce come "contratto consensuale", consentendo di affermare in maniera forte l'indissolubilità del vincolo e l'uguaglianza giuridica dei coniugi[30].

La qualificazione sacramentale del matrimonio offre alla Chiesa la giustificazione ontologica sulla cui base rivendicare la piena ed esclusiva com-

---

[27] Secondo Corecco «il fine ultimo del diritto canonico non è di realizzare la *salus animarum*, né il *bonum commune Ecclesiae*, né tantomeno di fondare la *societas iuridice perfecta*, ma di realizzare la *communio*, che costituisce la modalità specifica con cui all'interno della realtà ecclesiale diventano giuridicamente vincolanti sia i rapporti intersoggettivi, sia quelli esistenti ad un livello più strutturale tra le Chiese particolari e quella universale» (*ibidem*, pp. 54-55).

[28] Eugenio Corecco, *Il matrimonio nel nuovo Codex Iuris Canonici: osservazioni critiche*, in Sandro Gherro (a cura di), *Studi sulle fonti del diritto matrimoniale canonico*, Cedam, Padova, 1988, p. 111.

[29] Cfr. sul tema Piero Bellini, *Sul processo di attrazione del matrimonio alla competenza istituzionale della Chiesa*, in *Saggi di storia dell'esperienza canonistica*, Giappichelli, Torino, 1991, pp. 251-321.

[30] Cfr. Carlo Fantappié, *Ecclesiologia e canonistica*, Marcianum Press, Venezia, 2015, pp. 402-405.

petenza sull'istituto e formulare una teoria organica, alla cui elaborazione la scolastica medievale fornisce un notevole contributo[31].

A partire dal XIII secolo, la teologia del matrimonio subisce una svolta radicale: sia la patristica che la prescolastica avevano considerato tale istituto come realtà sacra nella sua interezza, attribuendole un significato cristologico, senza distinguere, neppure concettualmente, l'elemento contrattuale e l'elemento sacramentale[32]. Sino a quel momento la distinzione tra diritto naturale e diritto divino, sulla quale era intervenuto anche Sant'Agostino al fine di fare chiarezza sul delicato tema, restava ancora confusa, e solo attraverso il recupero del pensiero aristotelico da parte della scolastica, riesce a trovare la sua composizione nella distinzione tra ragione e fede operata da San Tommaso[33]. L'Aquinate riconoscendo nel consenso la causa efficiente del matrimonio, consente al principio dell'identità tra sacramento e contratto di diventare patrimonio comune della dottrina, ed al contempo permette di discernere all'interno del matrimonio l'elemento naturale (contratto) da quello soprannaturale (sacramento), collocando la questione matrimoniale nell'ambito del più ampio rapporto natura-Grazia[34]. La dimensione sacramentale del matrimonio viene tradotta in termini giuridici attraverso l'armonizzazione dell'elemento teologico e di quello canonistico: la qualificazione dell'istituto come contratto consensuale, influisce sulla definizione del suo contenuto che viene identificato tanto dai teologi quanto dai canonisti nella volontà degli sposi di unirsi in una *societas*, vedendo il matrimonio come il prodotto dell'incontro delle anime e concependolo come relazione tra gli sposi[35].

A partire dal XIV secolo la secolarizzazione del matrimonio in ambito politico, derivante dalla progressiva prevalenza del *bonum civile* sul *bonum Ecclesiae*, porta il principio su cui si è retta la teologia medievale *Gratia perficit, non destruit naturam*[36] a perdere rilevanza, facendo sì che la mera distinzione fra contratto e sacramento diventi netta separazione, soprattutto

---

[31] Cfr. Francesco Salerno, *Prodromi medievali del diritto matrimoniale*, in Pier Antonio Bonnet, Carlo Gullo (a cura di), *Diritto matrimoniale canonico*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2002, vol. I, p. 17.

[32] Cfr. *ibidem*, pp. 107-108.

[33] Cfr. Eugenio Corecco, *Il nesso fra contratto e sacramento nel matrimonio*, in Aa.Vv., *Chiesa per il mondo. II. Fede e prassi. Miscellanea teologico-pastorale nel LXX del card. Michele Pellegrino*, EMI, Bologna, 1974, p. 46.

[34] Cfr. Eugenio Corecco, *Il matrimonio nel nuovo CodexIuris Canonici…*, cit., p. 108.

[35] Cfr. Carlo Fantappié, *Ecclesiologia e canonistica…*, cit., pp. 407-409.

[36] Cfr. S. Tommaso d'Aquino, "Gratia non tollit naturam, sed perficit", in *Summa Theologiae*, I, 1, 8, ad 2. Nell'uomo, osserva l'Aquinate, la grazia non distrugge la natura, ma ne porta a compimento le potenzialità (contenuto anche nel *Messaggio di Giovanni Paolo II ai partecipanti al Congresso internazionale tomista*, Castel Gandolfo, 16 settembre 2003, in: *https://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/it/speeches/2003/september/documents/hf_jp-ii_spe_20030929_congresso-tomista.html*).

attraverso lo sviluppo del nominalismo di Scoto ed Okham[37]. Entrambi basano le loro riflessioni sulla dottrina romanistica del *consensus facit nuptias* come i canonisti altomedievali ma, a differenza di questi ultimi, applicano a tutti i sacramenti il principio della causa fisica, pur sostenendone la validità naturale non riconoscono la sacramentalità ai matrimoni conclusi *inter absentes*[38]. Per questi ultimi, infatti, risulta difficile la conciliazione con la dottrina del *solus consesus* affermatasi in ambito ecclesiastico intorno alla fine del XII secolo e consolidatasi definitivamente con Papa Innocenzo III[39].

Sulla scorta delle teorie elaborate dalla dottrina medievale, il Concilio di Trento nel XVI secolo sancisce definitivamente il carattere sacramentale del vincolo matrimoniale e segna un momento di "svolta" per quel che concerne la forma ed il contenuto della manifestazione consensuale. Il matrimonio sacramentale medievale diviene «un vero e proprio istituto giuridico attraverso l'apposizione della forma solenne … diventa istituto pubblico posto sotto il controllo dell'autorità ecclesiastica … lo attesta l'obbligo imposto ai parroci di tenere con diligenza un Libro dei matrimoni … diventa anche un'istituzione sociale di rilevanza politica»[40].

In epoca tridentina i dibattiti della seconda scolastica intorno al matrimonio si focalizzano sulle condizioni necessarie alla realizzazione del sacramento e la cosiddetta dottrina della "natura pura" amplia ulteriormente le maglie del sistema. Partendo, infatti, dall'interpretazione del rapporto natura-Grazia, l'intellettualismo propugnato dal teologo spagnolo Gabriele Vázquez induce a considerare la natura intrinseca delle cose, perciò anche del contratto matrimoniale rispetto all'elemento sacramentale, preesistente alla volontà divina, con la conseguenza che il matrimonio celebrato presso gli infedeli convertiti si possa ritenere valido pur non potendo mai diventare sacramento[41]. Proseguendo su questa scia il gesuita portoghese Fernando Rebello arriva a sostenere che sia la Grazia a dipendere dalla natura, concependo conseguentemente la *ratio sacramenti* come meramente contingente rispetto al matrimonio naturale[42].

La Chiesa post-tridentina, dunque, «sposta il baricentro della teoria ma-

---

[37] Cfr. Eugenio Corecco, *Il matrimonio nel nuovo Codex Iuris Canonici*…, cit., p. 109.

[38] Cfr. *ivi*, pp. 109-110.

[39] Cfr. Eugenio Corecco, *L'inseparabilità tra contratto matrimoniale e sacramento alla luce del principio scolastico Gratia perficit non destruit naturam*, in *Communio*, 16, 1974, p. 1011.

[40] Carlo Fantappié, *Ecclesiologia e canonistica*…, cit., pp. 412-413.

[41] Cfr. Eugenio Corecco, *L'inseparabilità tra contratto matrimoniale e sacramento*…, cit., pp. 1016-1018.

[42] Cfr. Eugenio Corecco, *Il matrimonio nel nuovo Codex Iuris Canonici*…, cit., p. 110; Id., *L'inseparabilità tra contratto matrimoniale e sacramento alla luce del principio scolastico Gratia perficit non destruit naturam*, in *Communio*…, cit., pp. 1018-1020.

trimoniale. Il movente teologico del coniugio diventa retaggio storico; il movente contrattuale acquista sempre più campo, sebbene formalmente legato al sacramentale»[43]. L'intrecciarsi delle teorie della seconda scolastica con il pensiero giusnaturalistico determina sia la sostituzione della distinzione fra contratto e sacramento con quella fra contratto e società del matrimonio, sia la preminenza della finalità procreativa ed educativa del matrimonio[44]. Tutto ciò incide inevitabilmente sulla secolarizzazione dell'istituto matrimoniale ed accentua, agli albori del XVII secolo, i dibattiti sulla concezione e la regolamentazione dei rapporti fra Stato e Chiesa in materia matrimoniale, il cui scopo è quello di negare all'autorità ecclesiastica qualunque competenza sul contratto matrimoniale, relegando la sua potestà alla sfera meramente sacramentale[45].

È attraverso l'equilibrio raggiunto da Bellarmino nella risoluzione del rapporto natura-Grazia che si riesce a ristabilire coerentemente l'unità intrinseca fra contratto e sacramento: la sua teoria sull'*elevatio ad dignitatem sacramenti* del *contractus naturalis*, sottolinea come «il matrimonio-sacramento non aggiunge nulla *ab extrinseco* agli elementi costitutivi del contratto ma è stato elevato da Cristo a *signum rei sacrae*»[46]. Il principio dell'inseparabilità assoluta dei due elementi consacrata dal cardinale nella dottrina dell'*elevazione* del matrimonio a sacramento, rimane definitiva. Sebbene nel Codice del 1917 – che risente del condizionamento esercitato sia dalla teologia della seconda scolastica, con l'affermazione della priorità del contratto naturale sul sacramento, sia dal giusnaturalismo moderno, con l'elaborazione di una base comune naturale e procreativa del matrimonio negli ordinamenti giuridici degli Stati europei[47] – l'aspetto sacramentale del matrimonio appaia marginale rispetto a quello dell'istituto giuridico, rilevando canonicamente dopo la consumazione[48], l'inseparabilità fra contratto e sacramento viene recepita dalla codificazione canonica. Il vigente *Codex*, infatti, al can. 1055, § 1 riafferma come tra battezzati non possa sussistere un contratto matrimoniale valido che non sia al contempo sacramento[49].

---

[43] Carlo Fantappié, *Ecclesiologia e canonistica…*, cit., p. 416.

[44] Cfr. *ibidem*, pp. 425-426.

[45] Cfr. Eugenio Corecco, *Il sacerdote ministro del matrimonio?*, in Id., *Ius et communio*, cit., p. 370.

[46] Carlo Fantappié, *Ecclesiologia e canonistica…*, cit., p. 424. Per approfondimenti sulla dottrina di Bellarmino e sulle posizioni teologiche vicine o contrarie alle riflessioni del santo Cardinale sino a giungere alle argomentazioni che hanno condotto all'inserimento nella codificazione canonica del principio dell'inseparabilità fra contratto e sacramento cfr. Eugenio Corecco, *L'inseparabilità tra contratto matrimoniale e sacramento alla luce del principio scolastico Gratia perficit non destruit naturam*, cit., pp. 1104-1127.

[47] Cfr. Carlo Fantappié, *Ecclesiologia e canonistica…*, cit., pp. 424-427.

[48] Cfr. *ivi*, p. 422.

[49] Secondo Corecco un limite del Codice è proprio quello di non essere riuscito «a inserire la

Benché la normativa codicistica non abbia fatto chiarezza sulla nozione di contratto (indicato tanto col termine di *foedus* che con quello di *contractus*), in relazione alla nozione di sacramento, quest'ultimo resta comunque un aspetto del vincolo coniugale che non esaurisce la complessa realtà matrimoniale[50]. Mentre il contratto è un atto che trova precipuamente la propria articolazione nell'ambito giuridico-formale ed all'interno di un ben determinato lasso temporale (la cerimonia nuziale), il sacramento, grazie alle sue caratteristiche sovrannaturali, opera in una dimensione trascendente, svolgendo la sua azione in perpetuo[51].

3. La sacramentalità del matrimonio nella riflessione teologica di Eugenio Corecco.

Le precedenti considerazioni ci portano ad affermare che «la sacramentalità deve essere compresa nella definizione del matrimonio cristiano, come un elemento essenziale che enuclea la realtà naturale del matrimonio, caratterizzandolo in un istituto tipico quale è il matrimonio canonico»[52]. Secondo Corecco il carattere sacramentale del matrimonio se da un lato evidenzia il fondamento delle radici di tale vincolo nell'economia della creazione, dall'altro ne rileva il suo inserimento nell'economia della salvezza[53]. L'istituto matrimoniale, punto culminante della narrazione biblica della creazione, pone la centralità del rapporto uomo-donna all'interno dell'economia della salvezza in quanto, come sottolineato dal canonista ticinese, «l'amore definitivo di Cristo per la Chiesa restituisce all'amore dell'uomo e della donna il significato cristologico originale nell'economia della creazione e lo fa partecipe dello stesso significato definitivo e della stessa efficacia della redenzione … tra l'amore dell'uomo e della donna nel matrimonio e l'amore di Cristo per la Chiesa non esiste un rapporto puramente metaforico, ma una relazione di partecipazione

---

fede dei coniugi nel sacramento come contenuto essenziale del loro consenso, elaborando così tutto il diritto matrimoniale più a partire dalla nozione di contratto o *foedus* che a partire dalla nozione di sacramento» (Eugenio Corecco, *Il matrimonio nel nuovo Codex Iuris Canonici: osservazioni critiche*, in Id., *Ius et communio*, cit., p. 614).

[50] Carlo Fantappié, *Ecclesiologia e canonistica…*, cit., pp. 429-430.

[51] Cfr. Ciro Tammaro, *op. cit.*, p. 745.

[52] Francesco Salerno, *La sacramentalità nella definizione del matrimonio canonico*, in Aa. Vv., *Sacramentalità e validità del matrimonio nella giurisprudenza del Tribunale della Rota Romana*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1995, p. 15. Sul tema vedi anche Cormak Burke, *La sacramentalità del matrimonio: riflessioni canoniche*, in Aa. Vv., *Sacramentalità e validità del matrimonio nella giurisprudenza…*, cit., pp. 139-156.

[53] Cfr. Eugenio Corecco, *Il sacramento del matrimonio: cardine della costituzione della Chiesa*, in Id., *Ius et communio*, cit., pp. 588-591.

e di dipendenza a livello ontologico»[54], in quanto entrambi radicati nel diritto divino. L'amore coniugale, infatti, non è solo manifestazione dell'essere in relazione, ma è anche «realtà giuridica che raggiunge lo sviluppo naturale quando sfocia in altre comunità di persone, la famiglia, la società e la Chiesa … la dimensione sociale del patto coniugale dunque è collegata col fatto che il consenso non è una semplice decisione privata, dal momento in cui crea per ogni coniuge e per la coppia una specifica situazione ecclesiale e sociale»[55]. Il matrimonio cristiano, incarnando l'amore sponsale di Cristo per la Chiesa, è segno dell'alleanza con Cristo che ha lo elevato alla dignità di sacramento.

L'affermazione dell'inseparabilità fra contratto e sacramento e il consolidamento del magistero pontificio sulla derivazione del carattere sacro e religioso del matrimonio non solo dalla sacramentalità bensì dalla natura stessa del vincolo, portano Corecco a riproporre in chiave conciliare il tema dell'inseparabilità contratto-sacramento e ad affermare, secondo l'ecclesiologia personalistica del Vaticano II, il principio della famiglia come "chiesa domestica"[56]. La definizione conciliare di «famiglia *velut ecclesia domestica* diventa così una possibilità di superare non solo la riduzione contrattualistica del matrimonio, ma anche quella giuscorporalista, nella quale il canonista ticinese intravede un radicale annebbiamento della dimensione teologica del matrimonio … della famiglia come soggetto unitario della vita ecclesiale. In questo senso la proposizione del matrimonio inteso come cardine della costituzione della Chiesa si presenta in Corecco»[57]. Ecco allora che il rapporto contratto-sacramento si trasforma in relazione tra consenso e sacramento, inducendo il canonista ticinese a proporre la modifica del § 2 del can. 1055 con riferimento ai soli battezzati, al fine di porre il consenso come oggetto del matrimonio cristiano e, dunque, di evidenziare il carattere sacramentale del matrimonio stesso[58].

La comunità coniugale che ha origine dal patto stipulato tra gli sposi rappresenta il *consortium totius vitae* in cui viene sancita l'inseparabilità tra consenso e sacramento e attraverso cui si rende evidente la giuridicità essenziale del

---

[54] Eugenio Corecco, *Il matrimonio nel nuovo Codex Iuris Canonici…*, cit., p. 115.

[55] Miguel Ángel Ortiz, *Il principio formale e la forma del matrimonio*, in: *https://www.unav.edu>article>view*, p. 731.

[56] Cfr. Eugenio Corecco, *Il sacramento del matrimonio: cardine della costituzione della Chiesa*, in Id., *Ius et communio*, cit., p. 602.

[57] Romeo Astorri, *La ricerca canonistica…*, cit., p. 23. Partendo dalla formula *ius divinum, sive naturale, sive positivum*, Corecco «combining the two aspects of the divine institution of marriage, both in creation (which is accessible to human reason) and in revelation (which can be known by faith)» (José Granados, *The sacramental character of faith: consequences for the question of the relation between faith and marriage*, in *Communio*, 41, 2014, p. 249).

[58] Cfr. Romeo Astorri, *La ricerca canonistica…*, cit., p. 25.

matrimonio il quale «risiede proprio in questo legame, che per l'uomo e per la donna rappresenta un'esigenza di giustizia e di amore a cui, per il loro bene e per quello di tutti, essi non si possono sottrarre senza contraddire ciò che Dio stesso ha fatto in loro»[59]. L'indissolubilità che connota il vincolo coniugale deriva dalla natura stessa dell'amore coniugale in quanto totale e fedele, dalla volontà divina che lo ha reso tale sin dal Suo progetto originario, dall'essere segno sacramentale dell'amore indissolubile di Cristo nei confronti della Chiesa[60]. Pertanto «il contratto matrimoniale e il sacramento non sono separabili, perché l'economia della creazione si realizza pienamente nell'economia dell'alleanza»[61]. Dal punto di vista del diritto canonico tale inseparabilità, unita alla dimensione ecclesiale dell'istituto matrimoniale, comporta che la validità giuridica del matrimonio venga «condizionata dalla validità teologica che esso ha all'interno dell'economia della salvezza» e che sia «possibile anche l'esistenza di un solo ed unico ordine giuridico: quello dell'economia dell'alleanza, declinato nel diritto canonico»[62]. A quest'ultimo il compito di dare un senso giuridico agli insegnamenti del magistero conciliare, soprattutto alla centralità accordata all'elemento dell'amore nella fondamentale riflessione giuridica sul matrimonio[63].

Gli insegnamenti scaturiti dal Vaticano II, e subito concretizzati dalla prassi rotale[64], circa la questione antropologica legata all'unione coniugale in cui si accentua l'importanza dell'essenza dell'amore e dell'apertura della persona umana verso la società[65], vengono fatti propri da Corecco e rielaborati in chiave teolo-

---

[59] Benedetto XVI, *Discorso alla Rota Romana*, 27 gennaio 2007, in *Acta Apostolicae Sedis*, 99, 2007, p. 86.

[60] L'unione sponsale, nella sua dimensione spirituale e corporale, rappresenta non solo il luogo ideale della manifestazione della presenza divina, ma anche il connubio tra l'umano ed il divino nella sua dimensione di unità ed indissolubilità (per approfondimenti sul punto cfr. Maria Cristina Forconi, *Elementi di antropologia cristiana in rapporto all'unità e all'indissolubilità del matrimonio sacramentale*, in *Periodica de re canonica*, 85, 1997, pp. 452-475.

[61] Eugenio Corecco, *Il nesso fra contratto e sacramento*…, cit., p. 75.

[62] *Ivi*, p. 76.

[63] Per un'analisi approfondita sul tema cfr. le interessanti pagine di Javier Hervada, *Studi sull'essenza del matrimonio*, Giuffré, Milano, 2000; Fernando Puig, *Realismo giuridico e dottrina canonistica contemporanea sull'essenza del matrimonio*, in *Ius Ecclesiae*, 16, 2004, pp. 433-453.

[64] La prassi rotale è riuscita a riempire le *lacunae legis* derivanti dalla "novità" antropologica che il magistero conciliare aveva prodotto, esprimendo l'idea di un personalismo che si avvale, partendo dalle tradizionali costruzioni teologiche, degli strumenti apprestati dalle scienze sperimentali che studiano l'uomo nella sua effettiva condizione esistenziale (sul punto cfr. i contributi contenuti in Aa. Vv., *La giurisprudenza della Rota Romana sul matrimonio (1908-2008)*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2010).

[65] Cfr. *Gaudium et Spes* n. 48 e can. 1055. Ponendo al centro della riflessione pastorale la figura di Cristo e la realizzazione dell'uomo attraverso la Grazia da Egli proveniente mediante i sacramenti, il Vaticano II realizza non solo un cambiamento di tipo fattuale (la visione del matrimonio come comunione di vita e di amore, come la forma più naturale della donazione personale), ma anche

gico-giuridica, acquisendo nella sua riflessione una peculiare rilevanza sul piano del diritto canonico[66]. Proprio nella dimensione familiare, infatti, l'uomo viene qualitativamente trasformato poiché, come affermato dal magistero giovanneo-paolino, «il sacramento del matrimonio ha questo di specifico fra tutti gli altri: di essere il sacramento di una realtà che già esiste nell'economia della creazione, di essere lo stesso patto coniugale istituito dal Creatore "al principio"»[67].

I coniugi sono capaci di porre in essere l'oggetto del matrimonio solo attraverso la Grazia divina poiché, senza la forza sacramentale, la debolezza umana non sarebbe in grado di realizzare il significato del vincolo coniugale, bensì risulterebbe ostacolata dalle difficoltà che il relativismo culturale pone al riconoscimento da parte dell'uomo «della misura del vero umanesimo» rappresentata da Cristo[68]. Porre l'accento sugli aspetti antropologico-cristiani dell'essenza del vincolo matrimoniale, significa sottolineare come la Chiesa, nel continuare a proporre il matrimonio nei suoi elementi essenziali – *bonum coniugum*, *bonum fidei*, *bonum sacramenti*, *bonum prolis* – debba anche far comprendere al popolo di Dio come tale vincolo sacro non sia un mero ideale alla portata di pochi eletti, bensì «una realtà che, nella Grazia di Dio, può essere vissuta da tutti i fedeli battezzati»[69].

---

linguistico (l'indicazione del vincolo non più col termine di *contractus*, riferito solo al matrimonio civile, bensì con quello di *foedus*), dove il patto tra gli sposi richiama immediatamente all'alleanza fra Dio ed il Suo Popolo, all'unione sponsale fra Cristo e la Sua Chiesa (sul tema cfr. Johannes Guhrt, v. *Alleanza*, in Lothar Coenen, Erich Beyreuther, Hans Bietenhard (a cura di), *Dizionario dei concetti biblici del Nuovo testamento*, Edizioni Dehoniane, Bologna, 1976, pp. 66-72).

[66] Per approfondimenti sul tema cfr. Silvio Ferrari (a cura di), *Il nuovo Codice di Diritto Canonico. Aspetti fondamentali della codificazione postconciliare*, Il Mulino, Bologna, 1983. Per un'analisi completa del dialogo interdisciplinare fra diritto canonico, antropologia e scienze umane cfr. i saggi contenuti in Paolo Gherri (a cura di), *Diritto canonico, antropologia e personalismo. Atti della Giornata Canonistica Interdisciplinare*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2008 e lo studio di Gabriele Fattori, *Scienza e diritto nella giustizia della Chiesa. Le scienze umane moderne nella giurisprudenza rotale postconciliare*, Vita e Pensiero, Milano, 2011, pp. 34-100.

[67] Giovanni Paolo II, *Familiaris consortio*, n. 68, p. 163. Al centro della riflessione del Pontefice vi è sempre l'uomo quale creatura fatta ad "immagine e somiglianza" di Dio che trova in Cristo la via della salvezza e lo svelamento della propria integrale identità (sul magistero di Giovanni Paolo II cfr. fra gli altri Antonio Staglianò, *Hecce homo. La persona, l'idea di cultura e la "questione antropologica" in Papa Wojtyla*, Cantagalli, Siena, 2008 e Giuseppe Versaldi, *Il contributo della psicologia nel diritto matrimoniale canonico*, in Franco Imoda (a cura di), *Antropologia interdisciplinare e formazione*, Edizioni Dehoniane, Bologna, 1997, p. 409 ss.).

[68] Cfr. Benedetto XVI, *Spe salvi*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2007, 23. Sul contenuto delle allocuzioni e sul loro legame con l'antropologia giuridica cfr. Gabriele Fattori, *Scienze della psiche e matrimonio canonico. Le norme delle allocuzioni pontificie alla Rota Romana (1939-2009)*, Cantagalli, Siena, 2009.

[69] Francesco, *Discorso in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario del Tribunale della Rota Romana*, 22 gennaio 2016, in: *www.vatican.va/content/francescomobile/it/speeches/2016/january/documents/papa-francesco_20161122_anno-giudiziario-rota-romana*. Sul tema cfr. Valerio Andriano,

La sacramentalità del matrimonio come dono, dunque, non come imposizione, è concetto che nella riflessione di Corecco appare strettamente legato ai fondamenti teologici ed antropologici dell'atteggiamento dell'uomo nei confronti del rapporto coniugale, della società e della propria vita, concetto che porta il vescovo di Lugano ad esortare i coniugi ad essere autentica espressione dell'immagine Trinitaria attraverso la scoperta nel progetto divino della loro identità di coppia e della loro vocazione.

Nel compiere tale riflessione, Corecco analizza dal punto di vista del diritto canonico la dimensione ecclesiale dell'istituto matrimoniale, valutandone la sacramentalità in maniera congiunta all'appartenenza alla comunione ecclesiale mediante l'applicazione del principio conciliare della *gradualitas in comunione* e l'interpretazione della normativa codicistica, perché «tutte le leggi della Chiesa appaiano finalmente ed innanzitutto come espressione della fede del Popolo di Dio e non solo della ragione astrattamente intesa»[70].

Riassunto

Il presente contributo si propone di indagare l'apporto del pensiero teologico-canonistico del grande vescovo di Lugano (dal 1986 sino alla sua morte avvenuta il 1 marzo 1995) sul magistero post-conciliare in materia matrimoniale. Per poter comprendere la portata del contributo del canonista ticinese al pensiero teologico post-conciliare sul matrimonio, si parte dalla sua concezione del diritto canonico per giungere alla riflessione teologica sull'istituto matrimoniale, svolta attraverso un'analisi storico-giuridica del principio dell'inseparabilità fra contratto e sacramento.

Parole chiave

Diritto canonico; communio; matrimonio.

Abstract

This paper aims to investigate the contribution of the theological-canonical thought of the great canonist Bishop of Lugano (from 1986 until his death on 1 March 1995) on the post-conciliar magisterium in matrimonial matters. In order to understand the scope of the Ticinese canonist's contribution to the post-conciliar theological thought on marriage, we start from his conception of canon law to reach theological reflection on the institution of marriage, carried out through a historical-juridical analysis of the principle of inseparability between contract and sacrament.

Key words

Canon law; communio; marriage.

La normativa canonica sul matrimonio e la riforma del processo di nullità, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2016, p. 235 ss.

[70] Eugenio Corecco, *Siate forti nella fede*, Piemme, Casale Monferrato, 1987, p. 347.

Verità e socialità della legge nel pensiero di Marcel De Corte

Giovanni Turco

Sommario: 1. *Premessa* – 2. *L'essenza della legge* – 3. *La legge e l'essere* – 4. *La legge e la finalità* – 5. *L'oggetto della legge* – 6. *La fenomenizzazione cratonomica*

1. *Premessa*

Nel vasto panorama che il pensiero di Marcel De Corte[1] presenta, l'interesse giusfilosofico trova una omogenea collocazione, tanto sotto il versante dell'indagine filosofico-teoretica[2] quanto sotto quello della diagnosi filosofico-genetica[3]. Ne emerge una riflessione che si svolge nell'alveo di un pensiero intimamente coerente e capace di diramazioni che vanno dalle questioni storiche[4] a

---

[1] Marcel De Corte (1905-1994) è stato dal 1940 professore ordinario di Filosofia morale e di Storia della filosofia antica nell'Università di Liegi. La sua fisionomia intellettuale lo segnala tra i pensatori di maggior rilievo del Novecento, sia per le accurate analisi storico-filosofiche, sia per gli approfondimenti (soprattutto in ambito filosofico-morale) nel solco dell'aristotelismo cristiano. Per una introduzione al pensiero si rinvia a Andrea Mario Moschetti, voce *De Corte, Marcel*, in *Enciclopedia filosofica*, a cura del Centro di studi filosofici di Gallarate, ristampa aggiornata della seconda edizione interamente rielaborata, vol. II, Edipem, Roma, 1979, coll. 727-728; e soprattutto a Danilo Castellano, *L'aristotelismo cristiano di Marcel De Corte*, Pucci Cipriani, Firenze, 1978. Tratti essenziali del pensiero vengono tematizzati nel volume collettaneo *Aristotelica. Mélanges offerts à Marcel De Corte*, Éditions Ousia-Presses Universitaires, Bruxelles-Paris, 1985.

[2] Cfr. Marcel De Corte, *La doctrine de l'intelligence chez Aristote. Essai d'exégèse*, préf. de Étienne Gilson, Vrin, Paris, 1934; Id., *Le Commentaire de Jean Philopon sur le Trisième Livre du "Traité de l'Ame" d'Aristote*, Droz, Paris, 1934; Id., *Aristote et Plotin. Études d'histoire de la philosophie ancienne*, Desclée De Brouwer, Paris, 1935; Id., *La philosophie de Gabriel Marcel*, Tequi, Paris, 1938.

[3] Cfr. Marcel De Corte, *Essai sur la fin d'une civilisation*, Éditions Universitaires, Bruxelles, 1944; Id., *L'homme contre lui-même*, Nouvelles Éditions Latines, Paris, 1962; Id., *L'intelligence en péril de mort*, Club de la culture française, Paris, 1969.

[4] Cfr. Marcel De Corte., *Du fond de l'abîme. Essai sur la situation morale de notre pays au lendemain de la Libération*, Desclée De Brouwer, Bruges, 1945; Id., *Mon pays où vas-tu ? Philosophie et histoire de la crise belge de 1950*, Éditions Universitaires, Paris-Bruxelles, 1951; Id., *J'aime le Canada française*, Presses Universitaires Laval, Québec, 1960.

quelle etiche[5], a quelle estetiche[6] e pedagogiche[7], fino a quelle teologiche[8] e a quelle economiche[9]. In particolare, l'attenzione alle tematiche giuridiche, si dipana in una apertura euristica, tale da abbracciare in uno sguardo verticale i più diversi versanti (nulla escludendo dell'esperienza giuridica, da quella civilistica a quello pubblicistica, a quella ecclesiasticistica).

Lo sfondo e l'impianto che vi si profila è quello di un realismo integrale, ove l'intelligenza dell'essere si attua a partire dalle concrezioni dell'esperienza – mai isolando l'una dalle altre – secondo un percorso di indagine che mira ad intendere le costanti dell'agire non solo *in facto esse*, ma anche *in fieri*, e che sa pensare – contestualmente – senza confondere e senza isolare, il naturale e l'epocale. Talché metafisica e storia, lungi dall'escludersi razionalisticamente o dall'identificarsi immanentisticamente, sono strettamente connesse: questa offre segni e testimonianze del permanente e del transeunte, e quella si spinge a cogliere l'essenziale attraverso l'accidentale.

Il realismo metafisico e giusfilosofico decortiano lascia trasparire l'impronta aristotelica e l'eredità tommasiana, ma anche la penetrazione critica delle problematiche del pensiero moderno e la capacità di valutazione, sincronica e diacronica, dei quadri morali, giuridici, politici. La loro tematizzazione restituisce analisi ed argomenti, di cui non è arduo rilevare l'acume sapienziale e la libertà responsabile, tanto attenta a fissare il nitore dei principi

---

[5] Cfr. Marcel De Corte, *Incarnation de l'homme. Psychologie des mœurs contemporaines*, réédition anastatique, Éditions Universitaires, Bruxelles, 1944; Id., *Philosophie des mœurs contemporaines. Homo rationalis*, Éditions Universitaires, Bruxelles, 1944; Id., *De la justice*, Dominique Martin Morin, Jarzé, 1973; Id., *De la prudence. La plus humaine des vertus*, Dominique Martin Morin, Jarzé, 1974; Id., *De la force*, Dominique Martin Morin, Jarzé, 1980; Id., *De la tempérance*, Dominique Martin Morin, Jarzé, 1982.

[6] Cfr. Marcel De Corte, *L'essence de la poésie. Étude philosophique de l'acte poétique*, Cahiers des Poètes catholiques, Bruxelles, 1942.

[7] Cfr. Marcel De Corte, *Deviens ce que tu es. Léon, notre fils, 1937-1955*, réédition Nouvelles Éditions Latines, Paris, 1969.

[8] Cfr., tra l'altro, Marcel De Corte., *La liberté de l'esprit dans l'expérience mystique*, Éditions de la Nouvelle Équipe, Paris, 1933.

[9] Cfr. particolarmente Marcel De Corte., *L'économie et la morale*, in *Recueil d'Etudes Sociales à la mémoire de Frédéric Le Play*, Centenaire de la Société d'Economie et de Sciences sociales, Picard, Paris, 1956, pp. 135-146; Id., *Signification de l'Économique*, in *Bulletin social des industriels*, 229, 1956, pp. 805-810; Id., *Les fondements économiques de l'Europe*, in *Écrits de Paris*, 1957, mars, pp. 50-60; Id., *Économie et christianisme*, in *Écrits de Paris*, 1959, mars, pp. 33-39; Id., *Nécessité d'une philosophie de l'Économie*, in *La table ronde*, 136, 1959, pp. 9-39; Id., *L'État et le dynamisme de l'économie*, in *Patries-Nations-États*, Actes du Congrès de Lausanne, (3-4-5/4/1970), Club du Livre Civique, Paris, 1970, pp. 121-145; Id., *Deux notes de philosophie économique*, in *Cahiers Charles Maurras*, 37, 1971, pp. 9-12; Id., *Lutte des classes et solidarité*, in *Ordre français*, 170, 1973, pp. 221-227; Id., *De la société à la termitière par la "dissociété"*, in *Ordre français*, 180, 1974, pp. 221-227 e 181, 1974, pp. 4-29; Id., *Economie et morale*, in *Persona y derecho*, IV, 1977, pp. 425-559; Id., *Philosophie économique et besoin de l'homme*, in *Permanences-Verbe*, 314, 1995, pp. 19-22.

quanto impegnata a valutare i diorami del presente.

2. L'essenza della legge

Marcel De Corte riprende e approfondisce la nozione classica della legge (in ispecie nella sua formulazione tommasiana), evidenziandone, in primo luogo, il suo carattere razionalmente vincolante. La legge presuppone ed indica un criterio dirimente (sulla base del principio del *debitum*) che deriva da una valutazione in atto. Donde segue l'imperatività e la cogenza.

È innegabile una polisemia – non equivoca, ma analogica – del termine "legge". Nel campo delle scienze empiriche esso indica una costanza di rapporti tra fenomeni (esprimibile quantitativamente). Nell'ambito morale, la legge significa una regola per l'agire, tale affinché l'uomo possa orientare i propri atti al conseguimento del fine ultimo, ovvero del Bene sommo. In senso stretto, la legge può essere definita come «*la norme qui vise une fin générale ou commune et qui régit, non plus des catégorie particulières d'actions, mais l'ensemble des opérations qui s'accomplissent dans l'univers, dans le monde moral ou dans la société civile, et qui s'orientent à leur manière vers la fin universelle de l'être*»[10].

Tale semantica si riferisce alla legge in quanto tale, comprendendo così tanto la legge morale quanto quella giuridica, quanto quella metafisica. Ne individua l'oggetto negli atti (secondi), o operazioni (in senso ampio). Ne coglie l'intrinseca ordinazione alla finalità iscritta negli enti, e perciò al fine ultimo comune, secondo la natura propria di ciascuno, a tutti gli enti. Ne specifica la funzione propria nel compito di regolare ovvero di reggere l'agire. L'indicazione della legge come norma, lungi dal sottendere alcuna forma di normativismo, esprime l'intrinseca normatività della legge, quale criterio dell'agire o determinazione vincolante.

Sotto il profilo giuridico, il filosofo belga riprende e fa propria la definizione di legge, proposta da Tommaso d'Aquino. A tenore di questa, la legge «*nihil est aliud quam quaedam rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet promulgata*»[11]. Tale definizione ne profila – in una considerazione analogica – gli elementi essenziali ed irriducibili. Da essa risalta il suo carattere sociale e giuridico: il suo analogato prossimo è la legge civile.

---

[10] Marcel De Corte, *Introduction éthique au droit*, Cours de 1ère Candidature en Droit, 1968-1969, Université de Liege, Liege, 1969, p. 50

[11] Tommaso D'aquino, *S. Th.*, I II, q. 90, a. 4.

In quanto tale, la legge esprime un'obbligazione razionale che lega a compiere o ad omettere una determinata azione. Siccome il criterio di giudizio degli atti umani, per se stesso interiormente vincolante, è la ragione, la legge ha la sua essenza nella razionalità. È la sua intrinseca razionalità a obbligare. Essa non è un mero comando, che, astrattamente, potrebbe avere qualsivoglia contenuto, ovvero potrebbe essere anche irrazionale o criminale; né obbliga semplicemente sulla base di una procedura convenzionalmente stabilità, la quale, a sua volta, potrebbe essere meramente funzionale alla meccanica del potere.

La legge vincola, intimamente, poiché è opera della ragione: non semplicemente in quanto ne deriva, ma in quanto ne consegue sotto il profilo della conformità. La sua razionalità non è strumentale, ma sostanziale; non riguarda la formulazione ma l'essenza; non è formalistica ma contenutistica. Si tratta della ragione illuminata dall'intelligenza, ovvero dall'apprensione dei principi, non di una razionalità come puro metodo, ma di una "razionalità intelligente". De Corte fa notare che *ligare* e *legere*, quanto alla legge, si connettono reciprocamente: il primo fa agio sul secondo, e questo è la ragion d'essere di quello. La legge certamente *ligat*, ma lo fa in quanto *leget*; e, viceversa, non *ligat* se non *leget*.

De Corte rimarca che, in se stessa, la legge è *dictamen rationis*[12] o *ordinatio rationis*[13]. L'essenza della legge, quindi, è nella razionalità, non nella volontà. Precisamente, il pensatore belga scrive che la legge «*est quelque chose qui appartient à l'ordre de la raison pratique […] elle est fondée sur le lien éternel qui unit nécessairement la raison pratique à la fin ultime de l'homme et à son bonheur*»[14]. La legge richiede l'intelligenza della verità di ordine pratico (per ciò che le è consentaneo), ed è opera della capacità ordinatrice della sapienza pratica (nel suo significato classico). Essa, cioè, esige ed attua la conoscenza della rettitudine dell'agire, quindi del bene dei singoli atti (ordinato al Bene per essenza)[15].

Come per ogni giudizio, la verità logica sta sul fondamento della verità ontologica. Essa è questione di conformità. Specificamente si tratta della conformità dell'intelligenza al fine proprio dell'agire (adeguato all'essere),

---

[12] Marcel De Corte, *Introduction ethique au droit*, cit., p. 86: «*La loi est donc une œuvre de la raison qui épouse les finalités de la nature humaine et les amène hiérarchiquement à leur terme*».

[13] Sul tema sia consentito rinviare a Giovanni Turco, *La politica come agatofilia*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2012, particolarmente pp. 62-71.

[14] Marcel De Corte, *Introduction ethique au droit*, cit., p. 49.

[15] «*La vérité pratique […] consiste dans un rapport de conformité de l'intelligence avec un désir bien dirigé vers sa fin, à savoir le bonheur et, objectivement, le Souverain Bien*» (*ivi*, p. 72).

conosciuto in quanto vero e voluto in quanto bene. In assenza di tale riconoscimento, la legge non ha ragion d'essere, anzi neppure propriamente è tale. Ciò che rileva per ogni tipo di legge (tanto relativamente al soggetto quanto all'oggetto): la legge naturale e quella positiva, la legge divina e quella umana[16].

La considerazione della legge di ascendenza tommasiana evidenzia, altresì, che la legge esprime, indica ed attua un ordine razionale, che deriva dalla razionalità pratica, ovvero dalla ragione in quanto regolatrice dell'agire umano. Questa, come tale, è intrinsecamente ordinata ad individuare i mezzi idonei a conseguire il bene umano (nella sua integrità): in definitiva, le finalità proprie della natura umana, e con queste il fine ultimo, ovvero la felicità.

La razionalità (pratica) conduce alla finalità (morale e giuridica). La prima consente di riconoscere la seconda, e questa rivela quella sotto il profilo del compimento. Di modo che non solo la razionalità scopre la finalità *in essendo*, ma la stessa finalità indica la razionalità *in agendo*. Il primato della finalità, proprio di tutto l'ordine etico, risulta imprescindibile per capire il significato ed il valore della legge: «*loi et fin s'articulent l'une à l'autre dans la notion commune de raison*»[17].

Infatti, come conseguire il fine, che in se stesso ha ragione di bene, è proprio della ragione, così la legge è intrinsecamente razionale (in quanto intelligenza finalizzatrice, e non mera metodica operativa). Ne consegue che la legge civile è retta dalla finalità etica – cioè dalla finalità assiologicamente umana e fondativamente agatologica – ed è sostanziata dalla finalità ontologica. I mezzi di cui si serve costituiscono, a loro volta, non solo una condizione, ma essi stessi una realizzazione parziale del fine.

La finalità regge la legge, quale *prius* rispetto ad un *posterius*, e non viceversa. Di conseguenza, come il bene è, per se stesso, criterio, contenuto e fine dell'agire, così lo è della legge (secondo quanto le è specifico e distintivo). Analogamente, la legge, mediante quanto dispone, indicando e perseguendo il conseguimento di un determinato bene, ha come fine ultimo quel bene che è lo stesso fine ultimo dell'uomo. Diversamente, piuttosto che via al fine, la legge sarebbe, rispetto a questo, intralcio o ostacolo; anziché traccia dell'umanità (essenziale) dell'agire, ne sarebbe il rovesciamento.

Di modo che il fine è *via iudicii* della stessa ragione, e questa è *via inveniendi* di quello. Come l'autentica moralità è «*celle qui est conforme à la*

---

[16] In tal senso, la legge eterna costituisce la causa esemplare e la causa efficiente ultima (o fondamento essenziale) di ogni legge (cfr. *ivi*, pp. 72-73).

[17] *Ivi*, p. 49.

raison éclairant la fin dernière»[18], ed essendo unico il bene integrale dell'uomo quale fine, così la legge civile non può che essere conforme alla ragione ordinata ed ordinatrice (al fine ultimo). Rispetto a questo non è (né può essere) neutrale, come non può esserlo rispetto alla natura delle cose. La sua esclusione corrisponderebbe, infatti, alla sua negazione.

La razionalità intrinseca della legge è correlativa, altresì, alla sua natura di «*disposition ordonnée*»[19]: essa è un «*arrangement de parties*»[20]. La razionalità, infatti, informa l'ordine, e questo è tale sulla base di quella (e mai in sua assenza). In quanto tale, la legge è ordinata ed ordinatrice, ovvero costituisce una retta disposizione delle parti al fine (giacché dei due fondamentali tipi di ordine, quello delle parti al tutto e quello del tutto al fine, il primo è, a sua volta ordinato al secondo). Difatti le parti – in ispecie le azioni – sono tali da formare un tutto regolare ed armonioso, se sottomesse alla finalità dell'insieme.

L'ordine posto in atto volontariamente nel campo del contingene – e l'ordinamento che ne deriva – non è un prodotto di un criterio qualsiasi. Esso presuppone l'intelligenza non solo del fine, ma anche della natura di ciò che è ordinato. De Corte evidenzia la metafisicità dell'ordine, anche il relazione alla questione della legge. Nessun ordine è indifferente rispetto al fondamento essenziale. Ogni ordinamento è basato su un ordine (non viceversa), ed ogni ordine è propriamente tale in quanto fa agio su un ordine che lo trascende e lo fonda. In altri termini, ciascun ordine presuppone (implicitamente o esplicitamente) l'ordine (in quanto tale): ogni ordine volontario è tale in virtù dell'ordine naturale, di questo partecipa e da questo trae legittimità intrinseca.

Il filosofo belga rileva, appunto, che «*la notion d'ordonnance implique qu'il existe un ordre naturel antérieur à l'intelligence et à la volonté de l'homme*»[21]. L'anteriorità è tale non già sotto il profilo cronologico, ma sotto quello ontologico (infatti, il regresso all'infinito nel campo del contingente, per se stesso impossibile, nulla fonda e tutto vanifica). Diversamente ordine e disordine sarebbero indiscernibili, o meglio si distinguerebbero solo nominalisticamente (secondo un apparire destituito di essere, o quanto ad una mera convenzionalità arbitraria).

La stessa convenzione (razionalmente adottata), da cui può derivare una legge, nasce dalla realtà dell'oggetto, piuttosto che da un mero accordo (qualsivoglia) tra soggetti o gruppi. Non è un'intesa arbitraria, né un mero compromesso prassistico. In tal caso – fa notare il filosofo belga – l'oggetto dell'ac-

---

[18] *Ibidem*.

[19] *Ivi*, p. 51.

[20] *Ibidem*.

[21] *Ibidem*.

cordo finisce per sottomettere i partecipanti, come un tutto rispetto alle parti.

D'altronde – precisa De Corte – ordinare è termine che va inteso secondo il suo duplice significato di "mettere in ordine" e di "comandare". La legge, infatti, ha un intrinseco carattere non solo imperativo, ma anche prescrittivo. Ma il comando (che la legge importa) sta sul fondamento della finalità e della razionalità, non viceversa. Il filosofo belga evidenzia che comandare alcunché (a qualcuno) è un atto della ragione che si rivolge alla ragione[22]. Non del mero volere in atto, né dell'effettività del potere. Come, a sua volta, obbedire – che è altro rispetto al mero eseguire – è un atto razionale (sia quanto all'intelligenza del che cosa è comandato, sia quanto all'intelligenza del perché e del come dell'obbedienza medesima).

La legge richiede l'intelligibilità e la razionalità essenziale del comando, proprio perché sottende l'intelligenza del bene, ovvero del fine cui la legge stessa è ordinata, nonché l'adeguazione razionale dei mezzi al fine (perseguito). Talché un comando irrazionale o criminale contraddice la natura stessa della legge.

In questa prospettiva, la legge – intesa secondo il realismo telelogico-metafisico – è qualcosa di profondamente congeniale all'umano. Vi è conforme quanto alla sua natura ed alla sua intima esigenza di attuazione. Essa riguarda i più diversi campi dell'esistenza umana, sotto i più vari profili[23]. Lungi dal presentare un limite, essa ne offre un compimento; lungi dall'essere detrimento della libertà, le offre la via di attuazione. Al punto che – scrive De Corte – «*l'ordre ou la loi est le besoin le plus imperieux de la nature humaine*»[24]. In quanto ordine al fine, la legge è iscritta nella natura di ciascun ente, ed ogni legge trova in questa (mediatamente o immediatamente) il proprio *ubi consistam*. Viceversa, senza ordine né legge, nessun ente può essere tale. Per il soggetto umano, in ispecie, il compimento del dovere è necessario al suo stesso essere: l'adempimento del dovere è il compimento dell'essere[25].

La legge civile, quindi, partecipa (secondo la natura che le è propria) dell'universalità della ragione. Pur nell'inconfondibile determinazione dell'oggetto, reca in sé l'universalità obiettiva della razionalità. E questa non è mai tale da

---

[22] «*La loi ne relève pas formellement de la volonté, mais de la raison. Etant règle de l'agir, comme elle est norme de l'être, la loi implique toujours la perception et la détermination de rapports entre une fin poursuivie et les moyens de l'atteindre. Or saisir et définir une relation est toujours un acte de l'intelligence. De même, commander est toujours un acte de la raison, car celui qui commande ordonne celui qui est commandé à une certaine fin en la lui intimant. Or ordonner à une fin appartient toujours à nouveau à la raison*» (*ivi*, p. 62).

[23] Cfr. *ivi*, pp. 71-72.

[24] *Ivi*, p. 52.

[25] Cfr. *ibidem*.

essere vuota dell'oggetto, da essere "pura" (nel senso kantiano). Tale carattere di universalità noetica e sostanziale – fa notare De Corte – le è essenziale. Esso consiste sia nell'universalità della sua intelligibilità, sia nell'universalità del giusto che attesta e protegge (e di cui partecipa). In assenza dell'universalità, realizzata nelle più diverse espressioni contingenti, neppure propriamente la legge può dirsi tale[26].

Tale universalità essenziale non è altro che la conformità alla realtà (normante e normata). È l'universalità della verità, che consiste nella conformità all'oggetto. In tal senso, ciascuna legge (per specifica che sia) richiede ed esprime la verità dell'oggetto e del soggetto cui si riferisce. Essa non può ignorare la realtà che intende regolare: richiede che questa sia conosciuta per se stessa, non per ciò che sembra o che si vuole che sia, ma per ciò che è: «*C'est le vrai bien saisi par la raison pratique qui confère à la loi son universalité*»[27].

Ora, come nel giudizio morale tale conformità[28] si dà in relazione alla verità dell'agire, condensata nella rettitudine del volere (che riguarda gli atti da compiere o già compiuti), propria dell'*integritas boni*, nel campo giuridico essa si sostanzia nella conformità all'ordine del giusto, ovvero nel compimento del *suum cuique tribuere* (in adesione alla misura obiettiva del *debitum*, quali che siano le disposizioni del soggetto). Fermo restando che la scelta dei mezzi è comunque condizionata da molteplici elementi contingenti obiettivi. Perciò il giudizio sul giusto (degli atti o delle leggi) è, in certo modo, controllabile da chiunque e da ciascuno[29].

Tale adeguazione razionale riguarda la realtà, tanto nel suo essere sostanziale quanto nel suo fine intrinseco, donde promana il suo dover essere. Di conserva, l'universalità del fine ultimo informa l'universalità della legge. In se medesima, perciò, ogni legge (per quanto le è proprio) partecipa dell'universalità del bene, e, nel suo ordine al bene, attua (a suo modo) l'universalità dell'ordine al bene[30].

D'altra parte, l'universalità della ragione (tanto intesa soggettivamen-

---

[26] «*Sans cette note d'universalité, il n'y aurait ni morale ni droit possible, mais pur arbitraire*» (*ivi*, p. 62).

[27] *Ibidem*.

[28] «*La vérité morale consiste dans la conformité du jugement avec une volonté bien dirigée et elle porte sur les réalités contingentes dont nous sommes la cause, à savoir nos actes*» (*ivi*, p. 79).

[29] Marcel De Corte osserva che nel giudizio giuridico, proprio in quanto si basa sull'obiettività del *suum* in quanto *debitum* «*sa vérité est vérifiable immédiatement. […] Le jugement de justice ou de droit est infiniment moins sujet à l'erreur que le jugement moral*» (*ivi*, p. 91).

[30] «*Seule la raison droite, accordée à la fin suprême de la nature humaine et poursuivant ainsi le vrai bien, peut revêtir un caractère universel, précisément parce qu'elle est axée sur le bien universel. La loi qu'elle édicte participe de ce fait à son caractère et vise le bien commun*» (*ivi*, pp. 62-63).

te come facoltà, quanto intesa oggettivamente come contenuto noematico) si esprime, sotto il profilo dell'agire, anzitutto nell'universalità della legge naturale. Proprio perché tale, questa vincola ogni uomo in quanto soggetto razionale. Tuttavia – rileva De Corte – ad escludere apparenti antinomie, occorre distinguere tra il profilo ontologico e quello gnoseologico della legge naturale[31]. In altri termini, bisogna distinguere tra *il quoad se* ed *quoad nos* della razionalità nell'ambito morale e giuridico. L'oggettiva permanenza del primo non esclude la possibile soggettiva variazione del secondo. Senza che i due profili possano – razionalisticamente – identificarsi e senza che questo modifichi – storicisticamente o situazionisticamente – quello.

Infatti se tutti gli uomini sono dotati di ragione, ciò non comporta immediatamente che essi facciano allo stesso modo uso di tale facoltà[32]. Quanto all'esercizio, affinché sia autentico, occorre che siano date le condizioni oggettive e soggettive della sua rettitudine, e che la volontà libera ne assecondi la finalità specifica[33]. Siccome l'oggetto dell'atto libero è singolare e contingente, esso può sfuggire, per qualche suo aspetto, ad una conoscenza compiuta. Difatti, essendo necessaria una nozione adeguata per intendere ciò in cui deve consistere l'atto da compiere, essa può essere carente per una molteplicità di fattori contestuali[34]. Tale universalità sostanziale non esclude, quindi elementi di eventuale variazione (fisiologica o patologica) accidentale.

Analogamente, l'immutabilità intrinseca trova il suo corrispettivo nell'immutabilità sostanziale della natura umana, sebbene vada distinta la natura umana considerata in se medesima e nei diversi individui[35].

In questa prospettiva la verità della legge è non solo la sua intelligibilità, ma anzitutto la sua conformità all'*eidos* che le è proprio, in quanto ordine che ordina, e perciò retta disposizione al fine (quindi, data la connessione tra i diversi fini, al fine ultimo ed al bene sommo).

Considerando la natura della legge, De Corte affronta, di conseguenza, anche il problema del rapporto tra morale e diritto. Sotto l'orizzonte dell'impostazione realistico-teleologica, tali ambiti non costituiscono sue sfere estranee l'una all'altra, ma si riconnettono intrinsecamente. Com'egli si esprime,

---

[31] Cfr. *ivi*, p. 81.

[32] Cfr. *ivi*, p. 79

[33] In altri termini, quanto ai soggetti particolari «*il faut que ces hommes soient doués effectivement de raison et que celle-ci s'exerce effectivement en eux*» (*ibidem*).

[34] Marcel De Corte conclude che «*les variations de la morale restent accidentales et n'empêchent pas que la morale ne soit une, quant à ses principes généraux d'où dérivent les solutions particulières, lesquelles sont inévitablement changeants comme la matière humaine qu'ils sont appelés à régir*» (*ivi*, p. 82).

[35] Cfr. *ibidem*.

vi è «*une continuité de principe entre la morale et le droit*»[36]. Tale continuità è basata sul realismo del principio di finalità, il quale attesta l'orientamento essenziale di ciascuno verso il bene comune oggettivo della natura umana, ovvero verso il bene in quanto è comune. Di tale finalismo sostanziale tutte le autentiche leggi sono come delle forme analoghe[37]. In tal modo, il diritto positivo «*se rattache à la philosophie morale*»[38], non in modo estrinseco o dialettico, non a condizione di essere altro da sé, ma proprio essendo se medesimo.

Tanto il diritto quanto la morale presuppongono una concezione dell'uomo, del suo fine ultimo, e delle sue obbligazioni naturali. Questa attinge la sua validità grazie all'intelligenza degli enti, ovvero mediante la riflessione filosofico-ontologica. Parimenti il diritto presuppone la considerazione dell'agire umano in quanto tale, della sua valutazione e dei suoi principi, ovvero la riflessione filosofico-morale.

Ogni legge, per ciò che la specifica, indica e serve il finalismo teso al compimento conforme alla natura. A suo modo ne partecipa essenzialmente. In tale senso, la legge naturale è via al perfezionamento e la legge positiva ne costituisce, analogamente, «*une dérivation*»[39], parimenti volto a indirizzare e sostenere lo sviluppo perfettivo integrale.

Si intende, quindi, la tesi classica – ripresa ed argomentata da De Corte – secondo la quale, piuttosto che sfere autonome e reciprocamente escludentisi, «*l'éthique et le droit font partie du même ensemble: l'ordre humain tel qu'il se révèle en ses finalités convergentes vers sa fin dernière, à la raison pratique qui l'accomplit aussi parfaitement que possible*»[40]. In questa prospettiva il diritto[41] – in quanto ambito della determinazione e dell'attuazione del giusto – appartiene al campo dell'etica[42], ovvero all'ambito della considerazione globale dell'agire umano: il diritto è una scienza etica[43] (ed un'arte strettamente connessavi, in quanto appunto *ars boni et aequi*).

In altri termini, per il filosofo belga, l'ordine giuridico, proprio in quanto

---

[36] *Ivi*, p. 84.

[37] Cfr. *ibidem*.

[38] *Ivi*, p. 88.

[39] *Ivi*, p. 84

[40] *Ivi*, p. 86.

[41] Cfr. *ivi*, p. 95.

[42] Marcel De Corte e vede nel diritto la «*forme suprême de la morale*» (*ivi*, p. 96), senza ovviamente confonderlo con questa.

[43] Cfr. *ivi*, p. 89. Il diritto «*régulateur de l'agir social humain, rentre dans la sphère de la morale, régulatrice des activités propres à l'homme en tant qu'homme*» (*ibidem*).

tale, si rivela è un capitolo dell'ordine etico[44]. Senza questo risulta inconcepibile. Si iscrive al suo interno quanto all'essere, al conoscere ed all'agire. L'etica ed il diritto appartengono alla scienza (filosofica) pratica (classicamente intesa). I due ambiti formano come due cerchi concentrici. Entrambi indicano all'uomo come "diventare ciò che è", come giungere, il più perfettamente possibile o il meno imperfettamente possibile, «à la réalisation de son être et au bonheur qui en résulte»[45]. Tanto la morale quanto il diritto, infatti, affondano le loro radici nell'ordine al fine (derivante dall'essenza degli enti).

Ora, l'uomo, in quanto ente razionale e sociale, è teso a perfezionarsi nella/le comunità e attraverso la/le comunità di cui fa parte. Tra l'essere razionale e l'essere sociale non vi è discontinuità. L'uomo è naturalmente giuridico e politico proprio in quanto razionale e morale. Nessuno può agire rettamente nei confronti della comunità se non lo fa secondo giustizia e secondo ragione, e reciprocamente non può agire moralmente senza adempiere ai doveri che lo vincolano alla comunità politica[46].

Separarle significherebbe non solo teorizzare una scissione interna al medesimo soggetto, ma anche una opposizione quanto all'ordine delle finalità dell'unico agente, "mutilando" la realtà della vita umana, e rendendo incomprensibile le obbligazioni che la connotano intimamente[47]. Diversamente dalla concezione kantiana, secondo la quale la separazione tra morale e diritto si dà come quella tra pura interiorità e pura esteriorità, teorizzata – osserva il filosofo belga – sulla (aprioristica) premessa individualistica[48].

Il valore dell'obbligazione della legge non è né può essere meramente esteriore. Una tale obbligazione non sarebbe propriamente umana, giacché l'unico soggetto umano agisce *ab intrinseco*: è principio (prossimo) dei suoi atti e delle relazioni che riguardano il suo agire. Pertanto la legge autentica (ovvero la legge valida, in ragione del fine, dell'autore e della forma) obbliga non in modo puramente esterno, ma interiormente. Non semplicemente per timore della sanzione, ma in quanto è conforme alla retta ragione. E la retta ragione è il criterio propriamente etico dell'agire.

---

[44] Sul rapporto tra ordine etico e diritto, cfr. particolarmente Danilo Castellano, *Ordine etico e diritto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2011.

[45] Maecel De Corte, *Introduction ethique au droit*, cit., p. 89.

[46] «*L'homme ne peut atteindre complètement sa fin politique sans l'observance des lois morales que la nature rationnelle lui prescrit et il ne peut corrélativement atteindre sa fin rationnelle sans obéir aux règles du droit que la nature sociale lui intime*» (*ibidem*).

[47] Cfr. *ivi*, p. 86.

[48] Si tratta di un individualismo – scrive De Corte – «*aussi absolus que possible*» (*ivi*, p. 84).

3. La legge e l'essere

L'esperienza della legge sollecita la riflessione non solo sulla sua realtà, ma anche sulla relazione che la connette all'essere in quanto tale. Essa appartiene all'ambito dell'essere (tanto in sé, quanto nella sua causa efficiente ed esemplare, sia prossima sia remota) e richiede l'intelligenza dell'essere, quanto all'oggetto su cui verte ed al fine cui tende. La legge fa agio sull'essere, tanto nella necessaria considerazione della natura delle cose, quanto in quella dell'ordine essenziale degli enti. In tal senso, il problema della legge presenta una ineludibile questione metafisica.

De Corte indaga intensivamente la consistenza ontologica della legge, a partire dall'ente cui è destinata la legge naturale e quella positiva, ovvero dalla riflessione sulla natura umana. Questa ha iscritta ontologicamente in se medesima la finalità obiettiva al bene razionale. Si tratta di una tendenza razionale, naturale e permanente. Per se stessa la ragione è capace dell'intelligenza del bene. La volontà, a sua volta, non è né indifferente tra il bene ed il male, né tanto meno registra un'inettitudine congenita. Pertanto, la natura (razionale) è fondamento obiettivo della cultura, e questa è suscettibile di costituire un alveo idoneo al compimento della naturale tendenza agatica. La volontà esige naturalmente la specificazione e la rettitudine della ragione, donde la capacità di riconoscere il dovuto. Diversamente qualsiasi legge risulterebbe tirannica[49].

Propriamente, nel dominio dell'agire umano, la legge è la regola che ordina all'uomo (direttamente o indirettamente) di dirigere i suoi atti al suo bene (in ultima istanza al Sommo Bene). La legge autentica, quindi, obbliga l'uomo non ad un'eteronomia avvilente, ma a diventare ciò che è, ad essere se stesso (secondo la propria natura) in pienezza. La legge è disposizione razionale affinché l'uomo possa gire razionalmente. In altri termini, la legge è volta alla felicità soggettiva (ordinata, a sua volta, a quella oggettiva). In tal senso, la legge è un bene ordinato al Bene. Non è la negazione della libertà, ma le offre l'alveo grazie al quale la libertà stessa trova compimento.

La questione della relazione della legge all'essere, mette capo a quella del suo fondamento obiettivo. De Corte evidenzia che, come l'agire presuppone l'essere, così la legge ha il suo *ubi consistam*, piuttosto che nel mero volere (del legislatore) capace di imporla, nell'ordine stesso dell'essere, come ogni ambito del conoscere e dell'agire trova fondamento e sostanza nell'essere.

---

[49] Se la volontà «*n'est pas imprégnée de raison, et de raison objective, capable de connaître les rapports des vrais moyens à la vraie fin, si elle n'érige cette connaissance en loi de son pouvoir d'exécution, la volonté n'engendrerait qu'une loi nominale, c'est-à-dire une prescription tyrannique*» (*ivi*, p. 55).

La sua normatività e la sua legittimità fa agio sull'essere. In sintesi, «*la loi est en effet norme et mesure de l'être et de l'agir qui suit l'être*»[50]. La legge, che dispone l'agire in ordine all'essere, ha la sua matrice ed il suo principio nell'intelligenza dell'essere[51].

D'altra parte, la legge presuppone una relazione permanente, o meglio la permanenza di una relazione[52]. Il che richiede – come può essere inferito – sia la permanenza, ovvero la sostanzialità, dei termini della relazione, sia la permanenza (secondo la natura che le è propria) della relazione stessa. La legge in sé si configura come qualcosa di permanente. Se tale permanenza ontologica non si dà la legge stessa risulta impossibile. In altri termini, la legge, in quanto tale, fa agio sul primato dell'essere. Viceversa, il primato del divenire vanifica la possibilità di qualsivoglia legge.

In tal senso, l'ordine della legge rinvia all'ordine dell'essere. Questo è la misura di quello. La disposizione del primo fa agio sulla sostanzialità del secondo. Come l'essere (o meglio l'ente) è il primo oggetto della ragione speculativa, così il bene è il primo termine della ragione pratica, che in quanto tale è ordinata all'azione. Senza intelligenza degli enti non vi può essere intelligenza del bene. Senza intelligenza del bene non vi può essere intelligenza del giusto e della legge (né di quella naturale né di quella positiva). Un agnosticismo metafisico comporta logicamente anche un agnosticismo nomologico.

Peraltro, alle origini della legge umana non è arduo incontrare il dato ontologicamente radicato della *voluntas ut natura*. Rispetto alla quale la *voluntas ut ratio*, lungi dall'essere antinomica, è perfettiva[53]. La ragione intende le finalità naturali e le conduce – intenzionalmente e prudentemente – a compimento. La ragione eleva alla propria altezza le tendenze naturali, senza alcuna contraddizione. Non estrinsecamente, ma intimamente, costituendo, quanto al soggetto, la regola e la misura prossima dell'agire. Essa indica, appunto, la legge del perfezionamento dell'ente, che ordina ciascuno al fine ultimo, e questa legge – evidenzia De Corte – «*est la mère de toutes les lois qui régissent les actes humains*»[54].

Solo l'intelligenza, infatti sonda la natura degli enti e ne coglie le relazioni essenziali. Talché la legge – come osserva Platone – è "scoperta di ciò

---

[50] *Ibidem*.

[51] «*Seule l'intelligence, faculté du réel, peut atteindre l'être des choses et celui des actes et tirer de leur réalité respective les relations multiples de leurs composants qu'elle englobe*» (*ibidem*).

[52] Cfr. *ivi*, p. 61.

[53] È proprio della ragione, difatti, «*d'achever aussi complètement que possible les indications impliquées dans les premiers mouvements de la nature et, par une direction et une sorte de dressage éclairé, de les exhausser au niveau de lois de l'agir humain*» (*ivi*, p. 55)

[54] *Ibidem*.

che è"[55]. È proprio della ragione, come del sapiente[56], ordinare sulla premessa dell'intelligenza verticale. La stessa ragione scopre la legge della propria attività, ed è in grado di rilevare che ogni atto umano scaturisce – direttamente o indirettamente – dal desiderio naturale del fine ultimo[57].

Su tali premesse, è chiaro che una legge che intenda prescindere dalla natura degli enti, per ridefinirla convenzionalmente – ponendo l'essere in non cale – presume di porsi in una posizione di indifferenza tra essere e non essere. Trattando l'essere come indeterminato pretende di trovare nel non essere la verità dell'essere. In tal modo l'essere, di cui la legge tratta, risulterebbe una "creazione" della legge medesima, nei termini in cui essa lo descrive ed in cui dispone obblighi ed interessi. La neutralità rispetto all'essere, in definitiva, dà luogo ad una attitudine di dominio dell'essere, o meglio di pretesa costitutivo-produttiva della norma nei suoi confronti. Insomma, anche nel campo legislativo emerge l'impossibilità della neutralità ontologica, e con questa anche di quella assiologica.

In questa prospettiva, la ragione costitutiva della legge ha nell'essere il suo contenuto e la sua misura. Ha nell'oggetto, determinatamente esistente, il fondamento della conoscenza[58]. Ha negli enti il suo termine reale, da essa indipendenti e da essa noeticamente acquisibili. Altrimenti, una ragione autoproclamatasi autonoma rispetto all'essere, non può che ritenersi produttiva del proprio oggetto. Una tale concezione della ragione, però, mentre ne presuppone (nonostante tutto) la recettività, la assume per ciò che un volere autopoietico ne asserisce. «*Une telle raison est un mythe et une déraison*»[59], scrive De Corte: una ragione liberata dalla normatività dell'essere, è una "non-ragione", non è "un'altra ragione".

Non si tratta, quindi, di una razionalità puramente metodica o procedurale, indifferente al contenuto. Piuttosto – scrive De Corte – l'attività della ragione umana si caratterizza (come ogni atto umano) specificamente per compiersi immersa nella densità della vita, al crocevia tra transeunte e permanente, tra fatti e principi «*à la fois dans l'univers de la contingence et dans celui de la finalité ultime à laquelle toutes les opérations des êtres sont soumises*»[60].

La ragione, nel suo esercizio, non è affatto geometrizzante, piuttosto essa «*est marquée de tous les caractères d'actualité propres à l'existence*

---

[55] Cfr. Platone, *Minosse*, 317 b.

[56] Cfr. Tommaso d'Aquino, *S. c. G.*, l. I, c. 1.

[57] Cfr. Marcel De Corte, *Introduction ethique au droit*, cit., p. 74.

[58] Cfr. *ivi*, p. 57.

[59] *Ivi*, p. 54.

[60] *Ivi*, p. 74.

concrète»[61] e nondimeno è in grado di attingere, da se stessa, i primi principi della legge naturale, ovvero della rettitudine etica. Essa è immersa nell'essere contingente, pur senza risolversi in questo. Non discorre astrusamente, benché sia capace, per se stessa, di astrazione. Il filosofo belga giunge ad osservare che la stessa partecipazione alla legge eterna da parte dell'uomo è «*imprégnée d'historicité*»[62] e registra difficoltà condizionali (più o meno accenuate) nel passare dai principi alle conseguenze (particolari e contingenti)[63], pur avendo essa dei precisi contenuti (espressi dalle tendenze naturali).

Insomma, l'agire umano è (metafisicamente) naturale in quanto razionale. Ma la ragione pratica, come quella speculativa, non è vuota di contenuto, né lo produce in virtù dei suoi atti. Essa lo attinge dall'esperienza, ovvero dalla conoscenza degli enti a partire dalla sensibilità. La ragione pratica si porta sull'essere particolare e contingente, per dirigere l'agire.

Le stesse tendenze naturali – a durare nell'essere, a trasmettere la vita, ed a vivere in società e conoscere la verità – sono come delle virtualità viventi (emergenti attraverso l'esperienza e nell'esperienza) idonee e pronte a tradursi in atto[64]. Il compito della ragione è quello di condurle a compimento, riconoscendole come criterio specifico per l'individuazione dei diversi beni (in quanto capaci di realizzare tali finalità naturali[65]. Acquisendo tali beni, le stesse facoltà conseguono il perfezionamento che è loro consentaneo.

De Corte rimarca che la legge, lungi dal riferirsi alla pura esteriorità, si rivolge alla ragione ed alla libertà. Fa appello alla volontà libera mediante la razionalità intelligente. Detta un determinato comportamento alla ragione, in quanto facoltà di un determinato soggetto, che la esercita nella concretezza delle condizioni in cui egli è principio dei propri atti. Non parla ad una ragione allo stato "puro"[66]. La legge vincola, perciò, interiormente, e non solo esternamente, concretamente e non astrattamente.

In questa prospettiva il fondamento ultimo della legge è di carattere metafisico. La legge fa agio sull'ordine dell'essere, sia in quanto richiede l'intelligenza degli enti e la conformità a ciò che è, nella sua realtà e nella sua finalità, sia in quanto presuppone e prolunga la legge naturale, che indica al soggetto umano la linea di attuazione del suo finalismo perfettivo. La legge appartiene all'essere, richiede l'intelligenza dell'essere e la conformità all'or-

---

[61] *Ibidem*.

[62] *Ibidem*.

[63] Cfr. *ivi*, p. 78.

[64] Cfr. *ivi*, p. 74.

[65] Cfr. *ivi*, p. 76.

[66] Cfr. *ivi*, p. 73.

dine dell'essere. Solo essendo in sintonia con l'essere, essa è se medesima e dà compimento al suo dover essere.

La legge umana, quindi, determina ed esplicita la legge naturale[67]. Questa è all'origine della legge positiva. Non le è estranea ed opposta; non è in competizione con essa. Piuttosto la richiede e la sostiene. La sollecita e la legittima. Le conferisce, così, sia il *terminus a quo* sia il *terminus ad quem*.

Il filosofo belga esclude, quindi, sia la dicotomia sia il parallelismo tra legge naturale e legge civile. La legge civile conferma e prolunga le indicazioni della legge naturale. Ne ricava implicazioni e ne precisa il contenuto (sotto particolari profili), segnatamente a motivo ed a vantaggio di coloro che ne ignorano o ne escludono la cogenza. Donde la funzione di specificazione e di concrezione, rispettivamente a modo di conclusione oppure a modo di determinazione. La legislazione è particolarmente opportuna ove le condizioni ed i mezzi contingenti non hanno un legame necessario, ma solo contestuale, con i principi, ma cionondimeno permettono di dare soddisfacimento ai principi (secondo le concrete possibilità di cui può disporre il legislatore)[68]. Al contempo De Corte rimarca che «*les lois édictées par l'autorité des "princes" et des collectivités qu'ils représentent n'ajoutent rien au contenu de la loi naturelle*»[69].

La legge positiva (umana) non si sovrappone a quella naturale, non l'accresce quanto al contenuto, non la dilata quanto all'estensione. Non costituisce un progresso rispetto ad essa, ma piuttosto una esplicitazione. Al contempo la legge naturale vive nella legge positiva (umana), la anima intimamente. In certo modo, senza nulla escludere della propria permanenza ed universalità, quasi si rende presente e si positivizza.

Al contempo, la necessità della legge umana ha il suo fondamento nell'essere stesso della naturale socialità umana. Pur derivando dalla libera disposizione razionale e responsabile del legislatore, «*la loi humaine est requise par la nature elle-même*»[70], ove la natura sia intesa in senso ontologico e teleologico (e non nell'accezione spontaneistico-pulsionale di conio naturalistico). La legge autentica è (moralmente) necessaria (quando è, lo è prudenzialmente per indicare, attuare e difendere l'indispensabile ordine della giustizia) affinché l'uomo possa "diventare ciò che è", insieme ad altri e con l'aiuto di altri, secondo il fine che è (essenzialmente) comune a ciascuno.

La legge positiva, quindi, non è un utile inconveniente per regolamentare l'arbitrio individuale, né un inevitabile detrimento della libertà. Non è un

---

[67] Cfr. *ivi*, p. 83.

[68] Cfr. *ivi*. p. 85.

[69] *Ibidem*.

[70] *Ivi*, p. 83.

"male necessario", ma un bene per "vivere secondo ragione" e per mantenere la pace nella comunità umana. La legge civile è un bene, quindi, per la comunità intera e per ciascuno singolarmente, per ciò che indica, prima ancora che per ciò che comanda o proibisce. Essa risponde all'esigenza di chiarire eventuali incertezze nelle relazioni *ad alterum* e determina alcune conseguenze richieste dall'ordine del debitum. In tal senso emerge, obiettivamente, la sua necessità (umana e sociale) e la sua opportunità (giuridica e prudenziale)[71]. In altri termini essa è richiesta dall'essere, dal dover essere e dal fine delle relazioni intersoggettive ed intercomunitarie.

Il legislatore civile, perciò, ha il compito di determinare – ove sia necessario ed opportuno – ciò che, secondo le obiettive esigenze della vita civile, è solo in forma embrionale, facendole, in certo modo, passare dalla potenza all'atto. Difatti, la legislazione della comunità politica trova la sua ragion d'essere nell'istanza di articolare gli individui e le comunità intermedie in un tutto, armonicamente vitale e capace di assicurare il conseguimento del bene comune[72]. Di modo che la legislazione umana sta sul fondamento dell'essere del singolo e della comunità. Non presuppone il nulla di relazioni intersoggettive, né semplicemente un qualsivoglia programma da attuare. Non "fa essere" il cittadino, "costruendo" un ordinamento, piuttosto lo aiuta ad essere secondo il suo essere.

In quanto tale, la legge positiva – nel suo essere e nel suo dover essere – non è opera di una volontà arbitra di se medesima[73]. Altrimenti non sarebbe altro che affermazione di un potere che si impone, su quanto vi soggiace, facendo agio unicamente su medesimo: si tratti della volontà del sovrano, ovvero dello Stato (come per la teoria hobbesiana), o della volontà generale (come nella concezione rousseauiana), o della volontà dei gruppi egemoni coalizzati (come nella impostazione politologica) o della volontà della maggioranza (come nell'impianto kelseniano).

De Corte non esita ad evidenziare che una legge intesa come mera espressione del volere del potere (quale che sia), tesa a renderne effettivi gli obiettivi operativi (quali che siano), propriamente non è legge. Anzi, risulta indistinguibile dalla violenza (pur se istituzionalizzata e proceduralizzata).

---

[71] Marcel De Corte evidenzia che l'autorità della legge umana «*prévienne la défaillance et les erreurs que subit la loi naturelle lorsqu'on passe à ses applications. Elle est requise également lorsque la conscience individuelle se heurte aux indéterminations de la loi naturelle qu'elle ne peut résoudre par elle-même et sans l'aide d'autrui*» (*ibidem*).

[72] Cfr. *ivi*, p. 84.

[73] Si tratta qui di una volontà consistente nel suo stesso autovolere in atto, ovvero che trae il proprio contenuto dal proprio atto, non di una volontà «*toujours pénétrée de raison*» (*ivi*, p. 56).

4. *La legge e la finalità*

La legge non è un atto indifferente al contenuto, o concepibile indipendentemente da questo. Né è una forma suscettibile di qualsiasi contenuto. La legge, come tutto ciò che si riferisce al campo dell'agire, dipende obiettivamente dal fine al quale è ordinato. Come l'azione, senza scopo neppure può sorgere ed esistere. Piuttosto, realisticamente, la legge, per se stessa, è specificata dal suo oggetto, tanto nell'ordine del fine quanto nell'ordine del contenuto.

Secondo la prospettiva classica, il fine obiettivo della legge – tanto considerato nell'analogia che si estende a qualsivoglia legge, quanto considerato nell'immediato riferimento alla legge civile – è il bene comune. Il fine è il principio della legge: In specie come si evince dalla riflessione tommasiana, il bene comune è la causa finale della legge. Né, a ben vedere, può essere altra, diversamente la legge cesserebbe di essere se medesima. Questo include il bene del tutto e di ciascuna delle parti, ovvero il bene in quanto è comune al tutto ed alle parti, e che ordina le parti, in quanto tali, al tutto.

In diverse occasioni Marcel De Corte si è soffermato sul problema del bene comune, e lo ha fatto sagacemente, mirando a coglierne il *quid* e il *qui*a. Il filosofo belga fa emergere tanto l'obiettiva sostanzialità, quanto la reale teleologicità del bene comune. Questo non si riduce né ad una condizione o ad un complesso di condizioni, né ad un prodotto o ad un effetto di azioni. De Corte chiarisce che il bene comune non è una somma di beni particolari, altrimenti non avrebbe ragione di autentica comunanza, ma consisterebbe in una giustapposizione di elementi. Né consiste nel bene particolare della persona collettiva, ovvero dello Stato (modernamente inteso).

In se medesimo, il bene comune, proprio in quanto bene (come pone in luce la riflessione aristotelica) è ciò che tutti desiderano, conformemente alla propria natura, in quanto desiderano la propria perfezione. Questa costituisce appunto il bene proprio o personale di ciascuno, ed al contempo ciò che dà attuazione al bene comune. In questa linea è chiaro che non vi è alcuna dictotomia tra il bene comune ed il bene particolare. Piuttosto il bene comune suppone, sostanzia e include il bene particolare. Lo ordina, lo attua e lo trascende.

Il bene comune è il bene umano, in quanto è comune a ciascuno ed alla comunità, che come tale include ed ordina il bene individuale[74]. Proprio in quanto

---

[74] Cfr. *ivi*, p. 93. Sotto il profilo teologico, De Corte evidenzia che la stessa salvezza individuale non è che il conseguimento del bene comune soprannaturale: il proprio bene consiste nell'adesione al bene comune dei beati. Precisamente «*en formant l'individu en vue de son salut surnaturel, la prédication de l'Evangile l'a mieux orienté vers le bien commun de la société et de la civilisation*» (*ivi*, p. 94). Diversamente, l'offuscamento della nozione di Chiesa, in età moderna, ha lasciato come isolata la sola aspirazione individuale alla salvezza. La secolarizzazione di questa – fa notare il filosofo

sostanzialmente e non accidentalmente comune, è essenziale e perfettivo: «*le bien commun est le meilleur bien des êtres singuliers. Il est la cause finale qui meut les individus, l'accomplissement de leur nature spécifique et, dans le cas de l'homme, animal raisonnable, dirige l'intelligence vers l'être universel*»[75].

In tal senso, il bene comune è il bene in quanto è comune, nell'ordine dell'essere ed in quello dell'agire. È comune giacché è essenziale a ciascuno, quindi eminentemente umano, ed è altresì essenziale alla comunità, quindi essenzialmente sociale e politico. Non estrinsecamente, in quanto corrispondente ad un termine convenzionale ed operativo, ma intrinsecamente, in quanto conforme alla natura della comunità e di ciascuno dei suoi membri (come del genere e della specie che gli appartiene, nonché come degli individui e della specie cui appartengono). Talché il bene comune corrisponde al bene, per natura, proprio a ciascuno, ed al bene naturalmente proprio di ciascuno, in quanto parte di una comunità. Senza alcuna opposizione tra l'una e l'altra considerazione.

Al di là di qualsivoglia estrinsecismo, De Corte precisa che Il bene comune è «*le bien le plus profond de l'homme pris comme tel*»[76]. Perciò «*le bien commun est le meilleur bien de l'homme*»[77]. Di esso partecipa ogni comunità di cui ciascuno è membro, a partire dalla famiglia, fino alla comunità politica. Nel suo senso più ampio, di esso partecipa, altresì, l'umanità intera, l'universo e la creazione tutta. Donde la conclusione che fa propria logicamente la tesi tommasiana secondo la quale, eminentemente, è Dio il bene comune dell'universo[78]. Ma ciò non isola il bene comune rispetto a ciascun individuo. Mediante la ragione, infatti, ciascun uomo è in grado di fare del Bene comune supremo il bene proprio singolare (il più radicalmente intimo)[79] conoscendolo ed ordinandovi i propri atti.

Lungo questa traiettoria, può essere rilevato, peraltro, che il bene comune – per se stesso tale e distinto, sia nel campo dell'essere sia in quello dell'agire – ha carattere sostanziale, analogico e verticale[80].

---

belga – è alle origini dell'individualismo moderno. Al contempo la secolarizzazione della nozione teologica di Regno di Dio lo trasmuta nelle assolutizzazioni proprie dei messianismi temporali e nella consentanea mitopiesi gnostica. Donde la concezione della politica come «*moyen de salut de l'humanité*» (*ivi*, p. 94).

[75] *Ivi*, p. 63.

[76] *Ivi*., p. 64.

[77] *Ibidem*.

[78] Cfr. *ivi*, p. 73.

[79] Cfr. *ibidem*.

[80] A riguardo sia consentito rinviare a Giovanni Turco, *La realtà del bene comune: una riflessione nella prospettiva tommasiana*, in Stefano Fontana (a cura di), *Le chiavi della questione sociale. Bene*

De Corte fa notare che la stessa legge naturale ha un rapporto diretto col bene comune. Essa è una «*ordonnance essentielle au bien commun*»[81], poiché comanda gli atti relativi al bene in quanto è comune alla natura umana (ovvero a tutti gli uomini). Parimenti la legge naturale è ordinata al fine ultimo (soggettivo) e quindi al perfezionamento di ciascuno e delle sue facoltà eminentemente umane. Precisamente, la legge naturale è ordinata al bene comune in quanto è finalizzata alla felicità propria (fine ultimo soggettivo) ed al Bene sommo sostanziale (fine ultimo oggettivo)[82], il quale è il Bene comune dell'universo (in tal senso comune a tutti gli enti secondo la propria natura, ed all'ordine che li accomuna.

Di conseguenza, sotto il profilo dell'agire, il bene comune trova attuazione nel perfezionamento della comunità. Come tale, esso è «*le résultat de la coopération de tous les membres de la communauté ou de leur convergence vers lui*»[83]. Perciò implica la nozione di ordine: è consentaneo all'ordine e si compie dando luogo all'ordine. Questo, a sua volta, essendo intrinsecamente razionale, importa la razionalità quale principio e quale criterio.

In una visione d'insieme, il filosofo belga fa osservare che per se stesso l'ordine è un bene e partecipa del bene comune. Al modo del principio vitale, è fattore di sviluppo e di perfezionamento: «*plus l'homme se soumet par ses actes à la loi de coordination des parties au tout et des parties entre elles, plus il y a d'ordre et de bien commun. C'est par l'obéissance à l'ordre que l'ordre s'instaure. C'est par la poursuite du bien commun que le bien commun se développe. L'ordre et le bien commun se constituent ainsi par les relations dynamiques des parties au tout et des parties entre elles*»[84].

Inteso realisticamente al bene comune va riconosciuto il primato quale fondamento, fine e criterio della vita civile e delle relazioni giuridiche. Sotto questo orizzonte non trova spazio alcuna teoria (ed ancor meno alcuna pratica) della supposta conflittualità originaria e permanente tra individui e/o gruppi umani. Viceversa, sulla base del bene comune si coglie la connessione sinfonica e la interdipendenza armonica – delle parti rispetto al tutto e del tutto rispetto al fine – che caratterizza le comunità umane in quanto tali e la comunità

---

comune e sussidiarietà: storia di un malinteso, Fede & Cultura, Verona, 2019, pp. 64-78; Giovanni Turco, *Il bene comune in questione*, *ivi*, pp. 32-63; Id., *La politica come agatofilia*, cit., particolarmente pp. 198-210.

[81] Marcel De Corte, *Introduction ethique au droit*, cit., p. 77.

[82] Cfr. *ivi*, p. 77.

[83] *Ivi*., p. 64.

[84] *Ivi*, p. 65.

politica in ispecie[85].

In questa prospettiva anche l'intelligenza del bene comune è intesa realisticamente. Essa è inconfondibile con qualsivoglia impostazione ideologica. Esprime il realismo dell'intelligenza[86], e consente di cogliere la razionalità (classicamente intesa) della politica[87], nonché la naturale esigenza e l'intrinseca beneficità della legge civile[88].

S'intende, quindi, che il bene comune è amabile per se stesso. Tendere ad esso è del tutto naturale. Preferirlo ad altri beni è razionalmente dovuto. Insomma, lungi dal sovrapporsi al bene particolare (o dal contendere con esso), per ciascuno «*le bien commun est en soi et pour lui-même plus aimable et plus désirable que tous les biens privés auxquels il aspire. Il agit alors selon sa nature d'homme et il aime naturellement le bien commun que son bien particulier*»[89].

Come testimonia l'esperienza – alla quale è tematicamente attenta la riflessione decortiana – la connessione delle parti al tutto e delle parti tra loro è delicata e fragile. A maggior ragione ove si tratti di una relazione vitale tra elementi viventi, ed ancor più allorché tale relazione riguarda esseri razionali e liberi nelle comunità naturali e volontarie di cui fanno parte. Si tratta di un ordine cui inclina la natura, che al contempo richiede una cura assidua ed inesausta. Ma proprio tale ordine vivente è condizione ordinaria del "vivere bene" (aristotelicamente inteso), ovvero del vivere secondo ragione e virtù[90].

In altri termini, il bene comune *quoad se* è condizione ontologica e teleologica del bene comune *quoad nos*. Il primo è fondamento e condizione del secondo, e non viceversa. Questo dà compimento a quello nel campo etico ed artistico, ovvero nelle realizzazioni morali, giuridiche e politiche, e nelle opere (istituzioni, leggi, costumi) che ne discendono.

Pertanto, il bene comune ordina e rettifica il bene particolare. Non è servente rispetto a questo, piuttosto ne costituisce la ragion d'essere e la norma

---

[85] «*A ce niveau, tous les prétendus conflits entre l'homme et la société, entre la personne et la communauté, disparaissent. L'homme s'éprouve partie de divers ordres compris dans l'ordre universel de la nature et dépendant du Principe même de la nature*» (*ivi*, p. 67).

[86] «*L'intelligence est ordonnée à ces divers biens communs et au Bien commun ultime de l'univers qui exercent à son égard la fonction de "tout". Pour devenir ce qu'il est par nature, l'homme a besoin de se soumettre à ces biens communs et au Bien Commun universel*» (*ibidem*).

[87] Si sofferma puntualmente sul tema Danilo Castellano, *La razionalità della politica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1993.

[88] «*Sans la loi, l'homme est une bête ou un dieu, plus exactement une bête qui se croit dieu*» (Marcel De Corte, *Introduction ethique au droit*, cit., p. 67).

[89] *Ivi*, p. 63.

[90] Marcel De Corte scrive che «*la nature ne donne que l'élan originel qui reste informe et que l'art humain doit compléter. La raison doit suppléer aux faiblesses de la nature*» (*ivi*, p. 65).

direttiva. Per se stessa, la tensione al bene comune dirige al bene sommo, e così al compimento perfettivo di ogni bene particolare. De Corte, riprendendo e facendo propria l'analisi di Charles De Koninck[91], rimarca che il bene comune non è affatto estraneo o sovrapposto rispetto al bene proprio, come la parte non è estranea o avversa al tutto, piuttosto lo sostiene e lo finalizza.

L'ordine del bene comune, però, non coincide con l'ordine pubblico, ovvero con l'ordinamento statale (e con la sua effettività), né si identifica con la subordinazione dello Stato alle pretese dell'individuo. In altri termini, esso è inconfondibile con il mito rousseauiano della immancabile rettitudine della volontà generale, ovvero con lo Stato elevato al rango di assoluto mondano. Come è inconfondibile – si può aggiungere – con lo Stato di derivazione hobbesiana, il cui volere sovrano è posto come creatore del bene e del male. Altresì l'ordine del bene comune non coincide con il soddisfacimento dei desideri o delle pretese individuali, cui sarebbe subordinato l'ordinamento ed il potere statale, come nella visuale del personalismo contemporaneo[92].

De Corte chiarisce che il personalismo attivistico suppone un sofisma circa la relazione tra la persona e il bene comune. Infatti, il bene comune è il bene della persona (e questa ha senz'altro quello come proprio), ed il bene comune è per la persona il bene migliore, costituendo il legame più intimo e più nobile con gli altri. Tuttavia la persona umana non è il fine del bene comune. Piuttosto, questo costituisce il fine di quella. Altrimenti, il bene comune si muta nel bene particolare di ciascuno[93]: si converte nel suo contrario. Diviene il simulacro di se medesimo.

Nella prospettiva personalista, infatti, l'assolutizzazione della persona individuale, è solidale on la concezione di questa come identica con il suo agire, ovvero come "autocreazione" e risultato, essa stessa del "processo di personalizzazione". Sicché la persona risulta da un lato evacuata nel suo essere, e dall'altra ridotta a risultato di un processo, che non può che essere eteronomo (e, paradossalmente, valutabile nei suoi esiti solo in base a parametri estrinseci e convenzionalmente pregiudiziali)[94]. Sicché il personalismo si risolve in

---

[91] Cfr. Charles De Koninck, *La primauté du bien commun*, in Id., *Œuvres de Charles De Koninck*, tomo II, 2, Presses de l'Université de Laval, Quebec, 2010.

[92] Per una considerazione organica di tali questioni si rinvia a Miguel Ayuso (ed.), *El Bien común. Cuestiones actuales e implicaciones político-jurídicas*, Itinerarios, Madrid, 2013. De Corte osserva che «*selon le personnalisme […], le bien commun de la cité existe pour le bien privé de l'homme, il doit être subordonné au bien de la personne et servir à réaliser ses aspirations propres*» (Marcel De Corte, *Introduction ethique au droit*, cit., p. 66).

[93] Cfr. *ivi*, p. 66. Paradossalmente, nell'ottica personalista, «le bien commun se singularise» (*ibidem*).

[94] Si sofferma tematicamente sul problema Danilo Castellano, *L'ordine politico-giuridico*

individualismo (anche, anzi a maggior ragione, teorizzando l'alterità tra individuo e persona nel medesimo soggetto); e l'inoggettivabilità della persona si condensa nell'autoreferenzialità dell'individuo.

Da tali considerazioni emerge con nettezza che il personalismo moderno non è in continuità con la metafisica della persona, che è stata approfondita a partire dalla tematizzazione boeziana (particolarmente sotto l'impulso delle dispute teologiche trinitarie e cristologiche). Piuttosto rispetto a questa, il personalismo moderno al di là dell'apparente assonanza, fa registrare una cesura, giacché esclude il primato dell'essere ed rapporto costitutivo dell'essere alla persona, assumendo in sua vece quello dell'attività. A riguardo De Corte conclude che il personalismo, ritenendo la persona umana come fine in sé, conduce alla negazione della realtà del bene comune e quindi del Sommo Bene. Pertanto, se percorre coerentemente, fino in fondo, la traiettoria che lo connota, finisce per pervenire all'ateismo[95], quale esito di una "diagnostica esistenziale" prima ancora che di una teorizzazione.

Infatti, argomenta il filosofo belga, «*la négation du bien commun dans tous les domaines est négation de la fin dernière de l'homme, négation du Souverain Bien essentiellement communicable, apothéose du Moi en qui s'incarne le bien commun singularisé et qui s'érige en fin ultime de l'univers*»[96]. In tal modo, però, l'individuo, identificato con la sua immagine enfatizzata, si aliena da se medesimo: l'autodeificazione immaginaria dell'io si rivela esiziale per lo stesso narcisismo che lo impregna. Paradossalmente, la centralità della persona conduce all'alienazione del soggetto. L'esclusione del fondamento metafisico evacua lo stesso individuo particolare, non solo nel suo fine ultimo ma anche nel suo "posto nell'universo".

A tenore di queste premesse, al di là dell'apparente consentaneità del linguaggio, il bene comune risulta svuotato e contraffatto, desostanzializzato ed immanentizzato, reso convenzionale ed effettuale, sulla scorta di una teoria che pretende di farsi prassi. Ma, commenta De Corte, «*la caricature de l'ordre est aussi nocive que le désordre, la déformation du bien commun aussi mortelle que son absence*»[97].

"modulare" del personalismo contemporaneo, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2007.

[95] Cfr. Marcel De Corte, *Introduction ethique au droit*, cit., p. 67.

[96] *Ivi*, p. 67.

[97] *Ivi*, p. 66.

5. L'oggetto della legge

Il realismo decortiano evidenzia che la finalità intrinseca ed obiettiva della legge ne segnala la socialità e la diceologicità[98]. La legge, infatti, ordina *ad alium* e *ad alterum*: indica una relazione di alterità doverosa. Presuppone e richiede il vincolo necessario tra un soggetto ed un altro, e parimenti tra una parte e un tutto. In altri termini, la legge è caratterizzata intimamente dalla giuridicità e dalla politicità, ovvero dal criterio della giustizia e da quello del bene comune.

De Corte rimarca che la giustizia (tanto in riferimento alla virtù quanto in rapporto all'atto) «*est l'âme même du droit*»[99]. Senza la prima il secondo sarebbe vuoto e cieco. Il giusto richiede che sia reso il dovuto: il diritto presuppone il dovere. La misura del primo è il secondo. Tale misura è indipendente dal soggetto, ed è l'*ubi consistam* stesso della relazione di alterità doverosa. Essa non può che essere obiettiva: è tale *in re* ed i*n se ipsa*.

La res iusta costituisce l'elemento di mediazione e di connessione tra i termini della relazione giuridica. Essa è la condizione obiettiva, senza la quale la stessa relazione risulterebbe svuotata, e si aprirebbe la strada alla prevaricazione del più forte sul più debole[100] (anche nel caso di prevalenza di un potere regolamentato o proceduralizzato).

In tal senso, la "cosa giusta", proprio perché *medium rei*, stabilisce una sorta di "uguaglianza proporzionale" (la quale, a sua volta, presuppone una diseguaglianza ontica) quanto al dovuto. Quale misura obiettiva, è tale da escludere il troppo ed il troppo poco. Come tale è misura che dirime l'io ed il tu, quanto alla possibile disparità di rappresentazioni del dovuto. In tal senso costituisce la condizione affinché le relazioni sociali siano reali e possibili. Non si riducano ad apparire vuoto di essere, ma siano tali in realtà.

Il pensatore belga si sofferma sul problema della giustizia in relazione alla legge. La prima è condizione non solo della legittimità assiologica, ma anzitutto della sostanzialità ontologica della legge. La legge è tale in quanto partecipa della giustizia. Il suo contenuto è il giusto. A questo è ordinata. In tal senso la legge è subordinata al diritto, inteso classicamente come l'*id quod iustum est*. La verità della legge è nel suo contenuto e valore di giustizia.

Talché è il diritto – ovvero il giusto – il criterio della legge, e non la legge il criterio del diritto. Essa non esaurisce il *iustum*, ma è relativa a questo: è

---

[98] Cfr. *ivi,* p. 62.

[99] *Ivi*, p. 90.

[100] «*C'est un objectum secundum se qui se détache pour ainsi dire du sujet qui en est la cause pour constituer une réalité en soi, acte juste ou chose juste*» (*ibidem*).

aliqualis ratio iuris, non è *ipsum ius*. Il valore della legge, quindi, è questione di giustizia. Non di formale coerenza con l'ordinamento, né di effettiva derivazione dalla decisione del legislatore (quale che sia). Senza giustizia la legge resta priva di intrinseca validità e di obiettiva capacità obbligante. In difetto di giustizia, la legge elide se medesima, non è tale se non per un equivoco comunicativo.

In tal senso, la legge non è un *prius*, ma un *posterius* rispetto al giusto. Il secondo precede logicamente, ontologicamente ed assiologicamente la prima. Da questo, essa trae sostanza e validità. Senza questo cessa di essere tale. La legge è subordinata al giusto, non viceversa. Questo è giudice di quella, non viceversa. In ultima istanza, la legge obbliga in nome del giusto, a prescindere dallo stesso legislatore. È al servizio del giusto, ovvero del *debitum* che corrisponde al suum. Diversamente dal convenzionalismo hobbesiano, per il quale la giustizia è una creazione della legge, e questa è una decisione del Leviatano, ovvero del potere dello Stato.

A riguardo, De Corte riprende la tesi classica, e ne lumeggia la permanente attualità: «*la loi humaine mérite le nom de loi parce qu'elle est l'expression de la justice*»[101]. Priva di giustizia obiettiva e sostanziale, la legge è indistinguibile da uno dei tanti effetti del potere che pretende di imporsi in considerazione della sua sola efficacia. Sicché in assenza di giustizia, nell'oggetto e nel fine, non risultano differenze sostanziali tra legge e violenza. Anzi, così posta, la prima si muta in strumento della seconda, e non conserva della medesima se non il nome. Resta, cioè, mera parvenza senza corrispettivo di sostanza.

A sua volta, la giustizia è consentanea all'essere ed alla ragione. È conforme all'uno ed all'altra. Dichiara ciò che legge è nella realtà. Il filosofo belga, in linea con il realismo classico, fa notare che l'ordine della giustizia null'altro è se non l'ordine della retta ragione, e questo non determina se non l'ordine degli enti secondo la natura loro propria. In altri termini, «*le juste est ce qui est conforme à un ordre objectif découvert par la raison et impéré par elle. Est juste ce que la raison nous ordonne de faire pour aboutir à une fin qu'elle requiert et qui est fondée en réalité*»[102].

Su queste premesse il problema del rapporto tra diritto e morale è tutt'altro che insolubile. Lungi dal presentare giustapposizioni convenzionali o generalizzazioni empiriche, tale relazione trova la sua articolazione sulla base del primato del giusto. In tal senso si lascia cogliere, secondo l'argomentazione decortiana, in termini di continuità noetica ed etica nella distinzione specifica.

---

[101] *Ivi*, p. 84.

[102] *Ibidem*.

S'intende che la continuità tra diritto e morale, nonché l'afferenza del diritto al campo dell'etica, non esclude le differenze tra il primo e la seconda, come tra l'etica nel suo insieme ed il diritto in quanto tale[103]. La distinzione tra morale ed il diritto fa agio sulla distinzione tra il campo proprio della giustizia e quello delle altre virtù. Mentre l'ambito della morale, in senso stretto, si concentra sul soggetto stesso, quello del diritto riguarda le relazioni con ciò che è altro da sé. Specificamente, il diritto (come la legge) è *ad alterum*, e la morale è *ad se ipsum* (anche se propriamente il primo ordine di relazioni presuppone ed implica il secondo, e mai quello è senza questo)[104].

De Corte scrive appunto che «*le droit porte sur des objets, opérations ou choses, tandis que la morale porte principalement sur le sujet lui-même*»[105]. Senza che vi sia essenzialmente opposizione tra l'uno e l'altro versante, e riconoscendo nella prudenza la via razionale capace di determinare l'ordine dei mezzi al fine.

La distinzione tra il campo della morale e quello del diritto rileva anche per quanto riguarda la finalità immediata dell'agire. In senso stretto, gli atti umani che perseguono il bene del singolo come tale afferiscono alla morale, mentre quelli che riguardano il bene della comunità, afferiscono al diritto. A riguardo, De Corte fa notare che da una parte il bene proprio dell'individuo non è, per se stesso, oggetto di conoscenza speculativa, in quanto il particolare non è conoscibile (intellettualmente) come tale[106]; e dall'altra che il bene comune è molto meglio conosciuto (dalla razionalità pratica) di quello individuale, proprio perché comune.

Il primato della giustizia corrisponde al primato della finalità, realisticamente intesa, e questo riflette il primato della razionalità ed in definitiva dell'essere. Tali termini concettuali sono essenziali e correlativi. Diversamente da ogni normativismo e da ogni istituzionalismo, da ogni decisionismo come da ogni prassismo, il realismo nomologico decortiano comporta e presuppone il realismo metafisico (classico). In ultima istanza, fondamento e misura della legge è l'essere, non il volere-potere. Di modo che essa è sottratta a qualsivoglia autoreferenzialità del volere, collettivo o individuale che sia.

Su tali premesse ben s'intende che la legge, in se medesima, reca un'istanza ed una finalità educativa. La natura umana, propria di un soggetto libero e

---

[103] Sul rapporto tra considerazione agatologica e considerazione diceologica sia consentito rinviare a Giovanni Turco, *Il bene e il giusto: quale relazione?* in *Derecho público iberoamericano*, VI, 2018, 12, pp. 145-172.

[104] Cfr. Marcel De Corte, *Introduction ethique au droit*, cit., p. 91.

[105] *Ibidem*.

[106] La stessa prudenza «*ne connaît pas le bien propre de l'individu, elle le présuppose*» (*ivi*, p. 92).

suscettibile di acquisire abiti etici, richiede l'educazione e l'insegnamento, in quanto capace di inalveare l'agire, affinché ciascuno possa "diventare ciò che è", e l'attitudine interiore possa essere stabile e perfettibile. La legge, appunto, indica ciò che è dovuto e ciò che è interdetto, ciò che si deve compiere e ciò che va evitato: presenta come vincolante una condotta, e la apprezza come da acquisire. Grazie alla sua rettitudine, il suo effetto remoto (ma intrinseco) è quello di rendere virtuosi coloro ai quali si rivolge e che vi aderiscono (e proprio in quanto virtuosi gli esseri umani attendono al bene comune e perseguono il fine ultimo)[107]. Diversamente l'assenza o, peggio, la perversione della legge segna un impoverimento (personale) o un decadimento (civile) dell'umano[108].

La promulgazione della legge civile, quindi, dà compimento ad un'esigenza razionale, individuale e sociale: quella di conoscere il dovuto in modo puntuale, così da fugare eventuali dubbi in merito. La sua stessa promulgazione, è un bene ed è propizia alla causa della giustizia e dell'armonia sociale (ovvero alla *salus rei publicae*). De Corte scrive incisivamente che «*la promulgation de la loi grave un principe instigateur et directif d'action dans la raison de ceux qui doivent s'y soumettre […] la promulgation de la loi rencontre le vœu même de la nature rationnelle de l'homme, le précise et le porte à son terme […] la nature rationnelle de l'homme l'incite à connaître d'une manière explicite l'orientation à laquelle ses actes doivent obéir*»[109].

D'altra parte, osserva De Corte, come la legge è ordine razionale che ha come fine il bene comune, così le è proprio l'essere promulgata da un soggetto razionale – giacché l'esercizio della razionalità non può che spettare ad un soggetto sostanziale di natura razionale – che, in quanto tale, ha cura responsabilmente del bene comune[110], non ad un ente fittizio né ad una nozione ipostatizzata.

Parimenti, è proprio la finalità del bene comune (e della salvaguardia della giustizia) a legittimare l'esercizio dell'autorità (politica) e l'emanazione della legge[111]. Donde la necessità ed i limiti sia dell'autorità sia della legge. Alla connessione ed alla consentaneità di entrambe Marcel De Corte dedica

---

[107] Cfr. *ivi*, p. 69. La legge autentica impone, anche ai renitenti, di compiere abitualmente il dovuto, ossia di porre in essere (anche solo per timore) azioni obiettivamente virtuose, al punto che – fa notare de Corte – «*la crainte de la loi est pour beaucoup le commencement de la sagesse*» (*ivi*, p. 70).

[108] Cfr. *ivi*, p. 68.

[109] *Ibidem*.

[110] Cfr. ivi, pp. 68-69.

[111] «*Le bien commun lui-même, sans laquelle il n'est point de loi. Cette finalité de l'autorité en détermine à la fois la nécessité et les limites*» (*ivi*, p. 69).

incisive considerazioni. Come l'autorità è necessaria per l'essere stesso della comunità, così lo è per la promulgazione della legge (che, come tale, rinvia ad un legislatore)[112]. In altri termini, sia l'autorità politica sia la legge positiva sono di diritto naturale: da questo derivano la loro necessità, la loro legittimità ed i loro limiti, che il giusnaturalismo decortiano esplicita rigorosamente.

Di conserva, il bene comune costituisce la misura obiettiva tanto dell'autorità quanto della legge. Il bene comune è il fine sostanziale ed il criterio di giudizio – *in re*, perciò intelligibile *ab omnibus* – dell'autorità e della legge. Quello trascende e fonda queste. Talché il bene comune è sovraordinato sia all'autorità sia alla legge. Queste vi sono subordinate, intrinsecamente e necessariamente. Rispetto al bene comune, tanto l'autorità quanto la legge sono come mezzi rispetto al fine, e non viceversa.

Sulla base della valutazione agatologica, tanto l'autorità quanto la legge *simul stabunt et sumul cadunt*. Nessuna autorità, come nessuna legge, vi è sottratta[113]. Nessuna autorità come nessuna legge possono razionalmente pretendere un'obbedienza che contraddica l'ordine del bene comune. Diversamente, la riduzione positivistica sia dell'autorità sia della legge comporta, *ipso facto*, la loro estinzione. L'immanentizzazione che identifica fini e mezzi, facendoli coincidere con gli effetti ed assolutizzandone l'efficacia, dissolve in realtà tanto l'autorità quanto la legge.

In questa prospettiva, la tutela e l'incremento del bene comune e della giustizia costituiscono, altresì, il criterio per l'emanazione di nuove leggi e/o per la conservazione e la modifica di quelle già esistenti. La finalità della legislazione segna anche i limiti dell'esercizio dell'autorità al riguardo. Tutto ciò che esula dal compito ordinatore del legislatore civile – nella considerazione della natura della comunità politica come "comunità naturale" e come "comunità di comunità" – costituisce un limite obiettivo alla sua attività[114].

La stessa finalità sostanziale della legge, fa notare ancora il filosofo belga, richiede analogamente la sostanzialità dell'autorità dalla quale è promulga-

---

[112] Marcel De Corte rimarca la naturalità (essenziale) sia dell'autorità sia della legge: «*L'autorité est nécessaire. Sans elle, il n'est pas possible, il n'est réellement pas possible d'unir activement les membres d'une société en vue du bien commun. L'autorité est de droit naturel. Elle est exigée par la nature même de l'activité morale qui, étant de soi orientée vers le bien, n'atteint le vrai bien que sous la directive d'une raison rectifiée vers sa fin et donc soumise à l'autorité d'une raison rectifiante*» (*ibidem*).

[113] «*L'autorité, comme la loi, est finalisée par le bien commun. Elle lui est donc subordonnée au même titre: elle est un moyen en vue de cette fin. On peut dire sans erreur qu'elle est un service et que celui qui l'exerce est un serviteur […] C'est le bien commun qui vise l'autorité. Elle ne sera juste que si elle le poursuit, l'assure, le respecte […] par sa finalité même, l'autorité n'appartient jamais en propre à une personne privée prise comme telle*» (*ivi*, p. 70).

[114] Cfr. *ibidem*.

ta[115]. L'indivisibilità della prima esige – a modo della congruità tra il fine ed il soggetto – l'invisibilità della seconda. Donde, altresì, la responsabilità personale – in tutta la sua pregnanza morale – del legislatore nella determinazione e nell'emanazione della legge[116]. Responsabilità obiettiva, anzitutto, nel valutare ciò che è conforme al giusto e propizio al bene comune (almeno per quanto attiene al campo degli atti regolati dalla legge)[117].

In ispecie, De Corte evidenzia che la responsabilità morale è, essa stessa, un elemento distintivo della perfezione di una comunità politica. Il che rileva particolarmente nel campo della legislazione e del governo. La responsabilità personale di ciascuno è fattore decisivo e propulsivo della vita civile, nel suo essere e nel suo bene essere: «*C'est à la responsabilité qu'assument à leur niveau propre tous ses organes que se mesure la perfection humaine d'une société et, par là, sa valeur morale. Plus il y a de responsabilité tant chez ceux qui commandent que chez qui obéissent, plus il y aura en cette société une vie morale et une vie sociale*»[118]. Di conseguenza, l'irresponsabilità risulta fattore di disgregazione sociale e civile.

Analogamente, la legge positiva umana, avendo come fine il bene comune, e questo anzitutto, essendo, analogicamente, il bene comune ad una determinata comunità, costituisce rispetto ad essa come un mezzo commisurato alla sua natura. Per questo motivo, fa notare De Corte, la legge, per se stessa, non può che essere promulgata per durare senza limiti di tempo. Non può che avere tendenzialmente una durata corrispondente a quella dell'intera comunità. In tal senso, la sua vigenza è – salvo eventuali modifiche o abrogazioni, richieste esse stesse dal bene comune e dalla salvaguardia della giustizia – illimitata.

In tal senso, la legge positiva umana ha un'utilità (non prassiologica, ma agatologica) che misura la sua legalità[119]. Non è un fine in sé, né è un assoluto. La legalità, infatti, è subordinata alla giuridicità ed alla politicità, ovvero al giusto ed al bene comune, quali criteri obiettivi *in re*. Di conseguenza essa risulta sottomessa all'equità (anzitutto sotto il profilo interpretativo ed applicativo). Ma l'equità, come criterio di intelligenza della legalità, non vanifica la legge, piuttosto la intende conforme a se medesima, ovvero conforme

---

[115] «*C'est encore la finalité de la loi qui détermine le ou les détenteurs de l'autorité […] La nature même de la loi axée sur le bien commun indivisible […] impose l'indivisibilité de l'autorité*» (*ivi*, p. 71).

[116] La legge positiva, infatti, può essere indicata come l'«*ordonnance temporelle de la raison propre à celui qui détient le pouvoir dans une communauté donnée*» (*ivi*, p. 72)

[117] «*En promouvant le bien commun, il engendre la condition générale de toute vertu privée*» (*ivi*, p. 71).

[118] *Ibidem*.

[119] «*C'est son utilité qui mesure sa légalité*» (*ivi*, p. 87).

all'*intentio auctoris obiectiv*a (che, in se medesima corrisponde all'ordine del giusto ed il bene comune). Eventuali dispense richiedono questa *ratio*. Così, mediante l'equità, la legalità è verificata (sostanzialmente) dalla giuridicità[120], e non viceversa

In definitiva, inteso come determinazione del giusto e condensato (ove occorra) nelle diverse forme della legislazione, il diritto costituisce una realtà pienamente positiva. De Corte ne attesta espressamente la positività assiologica, giungendo ad indicarlo come culmine dell'agire umano, ovvero come "la più alta realtà morale": «*le droit est la plus haute réalité morale auquel l'homme puisse parvenir au cours de son histoire, à la condition qu'il soit le prolongement rationnel et objectif des finalités que la nature ébauche et qu'il les porte à leur point normal et normatif de maturité*»[121].

Infatti, il diritto è necessario affinché gli uomini e le comunità politiche possano trovare compimento di attuazione perfettiva. Il diritto ha una profonda ed innegabile funzione sociale, dal momento che la giustizia (quindi il suo rispetto e la sua attuazione) è premessa e condizione del vivere civile. Al punto che – scrive il filosofo belga – «*une société sans droit n'est pas une société, un membre de cette société sans droit est à peine un être humain*»[122].

De Corte conclude che il diritto (conforme alla natura rerum, di se medesimo e della comunità umana) manifesta una dignità ed una incidenza incomparabili[123], sia in quanto via al compimento di atti umani volti alle finalità autenticamente umane, sia in quanto indicatore del giusto e del bene comune. In tal senso, il diritto non è estraneo alla libertà, ma piuttosto contribuisce a far sì che essa possa esercitarsi secondo se medesima, ovvero razionalmente, trovando così autentica attuazione. Per ciò che gli è proprio, insomma, il diritto «*permet aux actes humains d'être humains*»[124]. Ciò, offrendo all'agire libero finalità determinate secondo l'ordine del dovuto, ed indicando vincolativamente espressioni del bene comune realizzate e realizzabili.

Tali espressioni, ovviamente, non vanno intese secondo un significato deterministico. Il diritto non conferisce *ab extrinseco* la bontà soggettiva agli atti umani, ma la rettitudine obiettiva. Ne determina in atto, secondo il dovuto,

---

[120] Mediante il criterio dell'equità *«c'est la justice et le souci du bien commun qui, en l'occurrence, nous font sortir de la légalité pour rentrer dans le droit»* (*ibidem*).

[121] *Ivi*, p. 95.

[122] *Ibidem*.

[123] Il diritto, scrive Marcel De Corte, «*est pour tous les hommes le moyen par excellence d'accomplir des actes humains, c'est-à-dire raisonnables et volontaires et de parvenir aux fins objectives de la vie humaine, C'est lui qui détermine le bonum in communi qui attire infailliblement la volonté rationnelle de l'homme et qui y décèle le contenu objectif*» (*ivi*, p. 96).

[124] *Ibidem*.

l'indeterminatezza potenziale, ne favorisce l'*habitus* del bene, ne inalvea la tendenza ed il dovere di cooperare al bene comune. Sicché può dirsi che il diritto subordina a sé la possibilità dei fini individuali per dare ad essi compimento deontico.

Lungo questa traiettoria, il diritto in se medesimo risulta apprezzabile in quanto fattore del bene comune storico e fecondatore di condotte autenticamente umane. Esso, infatti, contribuisce all'attuazione perfettiva delle potenzialità della persona umana, la cui razionalità attinge – anche grazie a questo – il suo termine obiettivo scoprendo la determinazione del *bonum commune* (realizzato o realizzabile) nell'indeterminazione del *bonum in communi*. Al punto che il diritto è, a suo modo, fattore di progresso morale e civile[125], di continuità vitale e di armonica pacificazione (*ab intra* e *ad extra*) delle comunità umane.

6. La fenomenizzazione cratonomica

Marcel De Corte critica direttamente ed indirettamente il positivismo giuridico, il quale mentre assolutizza la legge la riduce ad effetto del potere (quale che ne sia la natura, l'origine e il fine). La legge assimilata a puro prodotto della volontà del legislatore, diviene una proiezione dell'io (individuale o collettivo, che sia), che assume se medesimo come misura di se medesimo, ovvero esclude ogni misura che non sia posta da se medesimo.

La diagnosi decortiana pone a tema le premesse del volontarismo legalistico. In un progressivo itinerario di immanentizzazione, il diritto positivo si sostituisce al diritto naturale, la morale assume i contenuti dell'ideologia (come tale giustificatrice del potere, in atto o in potenza che sia)[126], ed il bene comune (abbandonato come tale) è sostituito dall'interesse dell'effettività del potere dominante. In definitiva, priva di fondamento obiettivo la legislazione si trasforma in strumento operativo per modificare la condotta di coloro i quali sono sottoposti all'efficacia della norma. Talché la legislazione diviene una «*machine emboutisseuse de la politique idéologique*»[127].

L'analisi decortiana coglie nel soggettivismo le premesse della fenomenizzazione del diritto. Il rifiuto del dovere – radice e criterio del diritto – corrisponde all'esclusione dell'essere stesso, a vantaggio del mero apparire. In

---

[125] Cfr. *ibidem*.

[126] Cfr. *ivi*, p. 95.

[127] *Ibidem*.

questa visuale, l'ipertrofia immaginaria dell'io pretende di sostituirsi alle obiettive istanze perfettive del sé. Difatti, la devalorizzazione della legge, o il ritenerla un male necessario, è proprio del soggettivismo che (assumendo il soggetto, quale che ne sia la consistenza, come criterio di se medesimo, ovvero identificandolo con la sua attività) esclude, anche per quanto riguarda la legge, la normatività dell'oggetto, in quanto tale, e la trascendenza obiettiva del fine.

Con la rigorizzazione del soggettivismo, l'io, pretesamente autocostituito, si erge a fine ultimo, rispetto alla realtà interna ed esterna. Di modo che, osserva De Corte, la sua anomia è il riflesso della sua asserita autonomia[128]. L'egemonia dell'io rispetto a qualsivoglia legge, con la conseguente pretesa di sottometterla alla propria rappresentazione, per essere coerente a se medesima, non può che concludere nel prometeismo. In tal modo, però, non solo l'io si condensa nel suo potere di autoaffermazione – o meglio, nella tensione a questo – ma, ancor oltre, l'io stesso si svuota nell'autorappresentazione alienante, rispetto a sé e ad altro da sé (nella pretesa di sostituzione di tale rappresentazione autopoietica alla realtà). Sicché l'io autocentrato conclude, con una singolare eterogenesi dei fini, nell'autoalienazione.

Parimenti, l'assolutizzazione positivistica della legge umana positiva esprime, paradossalmente, una forma di soggettivismo. È sintomatico che nel razionalismo legalistico il significato della legge è visto piuttosto che nella sua finalità obiettiva nella sua coattività esteriore. Ma tale attitudine costituisce, piuttosto che una affermazione, una negazione dell'essenza stessa della legge. Se la legge non trova fondamento nell'ordine finalistico degli enti e nella natura umana, non può che consistere nel prodotto di un volere – esso stesso anomico – indifferente all'oggetto ed estraneo a tutto ciò che è altro da sé[129].

La radice del soggettivismo – fa notare De Corte – va ravvisata in un io (*moi*) separato dal sé (*soi*), in un io che pretende di essere (fittiziamente) autoconsistente ignorando la propria (intima) sostanzialità. Si tratta di un io che non semplicemente è rappresentato ipertroficamente, ma che è isolato rispetto ad ogni altro, anzi rispetto all'essere stesso, e posto permanentemente di fronte allo specchio (produttivo) di se medesimo[130]. L'immagine prodotta da un'attività autoreferenziale è assunta come misura esclusiva di sé e di altro.

L'uomo naturalmente buono teorizzato da Rousseau non è altro se non il

---

[128] Cfr. *ivi*, p. 53.

[129] «*Si la loi humaine ne provient pas de la nature de l'homme et ne se situe pas dans le prolongement des lois physiques qui régissent ses tendances naturelles, elle ne peut naître que de la volonté sans objet, séparée de tout ce qui n'est pas elle*» (*ivi*, p. 54).

[130] Cfr. *ivi*, p. 58.

suo io, che non obbedisce se non a se stesso, avulso da qualsiasi obbligo ed eretto a fine ultimo di se medesimo (tale da condensare in sé tutto il bene che questo fine possiede). L'io, unico fine di se medesimo, è soggetto ed oggetto al tempo stesso[131]. È un io narcisistico e solipsistico, per il quali gli altri sono strumento o ostacolo. Così l'io è posto come "creatore", o meglio quale architetto e costruttore, del proprio mondo, del suo essere e del suo divenire, anzi del suo essere che consiste nel suo divenire (*ad libitum*).

Su tali premesse qualsiasi obbligazione equivale a pura costrizione. Il dovere si converte in asservimento. Non è concepibile né vincolo etico né società per sé ordinata. Per "salvare" l'io dall'alienazione, dovuta alla incommensurabile divaricazione tra desideri (per se stessi illimitati) e risorse (sempre limitate), e per assicurargli la possibilità di sopravvivere, non resta che l'espediente offerto da una società concepita come costruzione artificiale – ovvero come prodotto dell'io stesso – del tutto convenzionale, nelle sue basi e nelle sue leggi. In tal caso l'io obbedisce a se stesso – come nella teorizzazione rousseauiana – identificando il suo volere con quello della volontà generale[132]. Ma, così, resta libero solo a condizione di non essere che "cittadino", ovvero di non essere che un risultato dello stesso "corpo politico" (ovvero dello Stato).

De Corte critica a fondo l'impostazione giuridico-politica di Rousseau, scorgendovi insolubili aporie. Il costruttivismo rousseauiano mette capo al convenzionalismo, donde scaturisce una sorta di "società fittizia"[133] (quasi una sorta di rappresentazione ipostatizzata). Una volta presupposto alle origini del "contratto sociale" un io radicalmente antisociale non può sorgere alcuna società (né ovviamente alcun autentico vincolo sociale). Di contro, sulla premessa del contratto sociale, l'io individuale viene totalmente assorbito dall'io collettivo (o meglio dalla volontà generale). Ma anche in questo caso propriamente non si dà una società ma un intero fittizio, il cui volere, in realtà, corrisponde a quello di alcuni capaci di far apparire la loro volontà come quella della totalità.

Il filosofo belga inferisce che dalla teorizzazione rousseauiana (qualificata come «*la plus formidable escroquerie morale que l'histoire ait jamais connue*»[134]) deriva non una possibile forma di società, ma una "dissocietà"[135], ovvero la sua negazione. L'io collettivo, espresso dalla volontà generale, risul-

---

[131] Si tratta di «*le moi dont la subjectivité est l'objet propre de toutes ses entreprises*» (*ibidem*).

[132] Di modo che : «*la volonté du moi et la volonté de tous coïncident. Le moi individuel et le moi collectif ne font qu'un. La personne et la communauté s'identifient*», *ivi*, p. 59).

[133] Cfr. *ivi*, p. 93.

[134] *Ivi*, p. 60.

[135] Cfr. *ivi*, p. 92.

ta un mito ideologico – una sorta di individuo gigantesco, puramente immaginario – dietro il quale si cela l'effettività del potere. Mentre la sua esistenza è puramente virtuale (trovandosi semplicemente «*dans l'esprit*»[136]), le sue conseguenze sono innegabilmente effettive. Ne risulta un deperimento della naturale vitalità sociale, correlativa ad una smisurata dilatazione del potere statale, che, come una sorta di metastasi, invade ogni campo di attività.

In questa prospettiva la legge non è più espressione della retta ragione, ma della pura volontà (o meglio del volere in atto e reso effettivo, dichiarato come "generale"), come tale indifferente al contenuto e svincolata da ogni criterio assiologico. La volontà generale, ovvero la volontà statale, da cui emana la legge, è assunta come infallibile ("sempre retta", secondo la formula rousseauiana) e come tale creatrice della morale e del diritto. Di modo che, essendo il volere del tutto sul tutto, si estende ad esso totalmente e monopolisticamente. Sotto questo orizzonte la moralità deriva dalla legalità, pertanto non presenta alcun principio che non sia il contingente risultato dell'autoimmanenza del volere dello Stato. Sicché la legge – che ne costituisce "l'atto" – sottomette tutti e ciascuno ad un potere anonimo, che non tollera (né può tollerare) alcuna obiezione. Emblematicamente, la legge, lungi dal disporsi come elemento perfettivo della socialità umana, si muta in una rappresentazione del potere dell'io collettivo, funzionale a renderne effettivi gli obiettivi (quali che siano in se medesimi).

Riassunto:

Il filosofo belga Marcel De Corte (1905-1994) – nei cui interessi convergono teoresi e diagnosi – approfondisce e sviluppa la concezione classica della legge. In questa prospettiva emerge che, al di là di ogni proceduralismo come di ogni effettualismo, la legge rileva anzitutto in termini conoscitivi. Proprio in quanto non può ignorare la realtà, né ciò che essa è e ciò che essa stessa dispone, la legge è un ordinamento essenzialmente razionale. La razionalità (in quanto intelligenza della natura delle cose) è costitutiva della legge. Essa, perciò, richiede la verità. A questa è intimamente connessa la sua intrinseca socialità (sia come condizione sia come sostanza). De Corte considera che la legge, per se medesima, attua perfettivamente la naturale socialità (sicché ciascuno possa "diventare ciò che è"), e che la socialità stessa è sostanziata e regolata dalla sua intrinseca agatologicità.

Parole chiave:

Marcel De Corte; legge; verità; razionalità; socialità; beneficità.

[136] *Ivi*, p. 60.

ABSTRACT:

The Belgian philosopher Marcel De Corte (1905-1994) – who has dealt with both theoretical philosophy and ethical diagnosis – elaborates on the classical concept of "law". In his point of view, the law matters in cognitive terms, besides any proceduralism. Because the law cannot ignore reality, it ought to have a rational order. As a matter of fact rationality – namely, the ability to perceive and understand the inner nature of things – is constitutive of the law, hence it requires the truth. Additionally, the truth is intertwined with sociality, which should be interpreted both as a condition and as substance. De Corte maintains that the law by itself perfectly fulfills the sociality that is proper of nature, so that everyone can become what he/she is in the first place. Furthermore, he also sustains that sociality in the first place is substantially regulated by its inner goodness.

KEY WORDS:

Marcel De Corte; law; truth; rationality; sociality; goodness.

Parte II

Presentazione

Nel presente numero vengono pubblicate otto sentenze, delle quali tre del Consiglio di Stato e cinque dei TA.R..

La sentenza n. 1433 del 2019 emessa dal T.A.R. Lazio e la sentenza confermativa del Consiglio di Stato n. 5007 del 2019 trattano anche della penetrazione delle cosche mafiose nell'ambito ecclesiale e sono commentate con nota *"La costruzione di cappelle votive finanziate da organizzazioni criminali e la partecipazione dei malavitosi ai riti religiosi quali possibili presupposti applicativi dell'art. 143, primo comma T.U.E.L."* dal dott. Fabio Balsamo.

Le due successive sentenze pubblicate, la n. 174 del 2019 del TA.R. Liguria e la n. 2327 del Consiglio di Stato, hanno ad oggetto il rapporto tra messaggio pubblicitario e la tutela giuridica degli interessi individuali collettivi di carattere non economico: nella fattispecie concreta tra il messaggio contro l'obiezione di coscienza in campo abortivo, da una parte, e il sentimento religioso e convinzioni personali, dall'altra. I due Giudici, pur effettuando entrambi una valutazione sui significati ordinari estraibili dal bozzetto di manifesto – che raffigura l'immagine appaiata di un medico e di un ministro di culto cristiano (verosimilmente cattolico), con sovrascritto lo slogan "*Testa o croce? Non affidarti al caso*" e più in piccolo la frase "*Chiedi subito al tuo medico se pratica qualche forma di obiezione di coscienza*" – sentenziano in modo contrastante. Secondo il T.A.R. Liguria il bozzetto di manifesto si limita ad accostare il simbolo religioso all'orientamento teologico tradizionalmente espresso dalla religione cattolica in merito all'interruzione volontaria di gravidanza e pone l'accento sulla necessaria ponderazione nella scelta del medico curante da parte delle pazienti che intendano sottoporsi a detta pratica, posto che il medico che si avvalga della clausola di obiezione, non eseguirà la cura o l'intervento abortivo. Per il giudice di primo grado l'accostamento del simbolo religioso alla relativa posizione teologica non appare tale da ledere l'integrità della persona, né ad incitare all'odio nei confronti della religione cattolica o – tantomeno – alla violenza contro le donne. Pertanto, il Tribunale Amministrativo ritiene che il bozzetto non lederebbe la libertà di coscienza individuale, né il rispetto e la tutela dovuti ad ogni confessione religiosa, a chi la professa e ai ministri di culto, nonché agli oggetti di culto, in quanto l'immediato messaggio ordinariamente estraibile dal manifesto è quello di promuovere la scelta consapevole, meditata e razionale del proprio medico di fiducia limitatamente al tema dell'interruzione della gravidanza, rendendo in

questo modo cosciente il pubblico del fenomeno dell'obiezione di coscienza. Il Consiglio di Stato, riformando la decisione del T.A.R., ritiene che il bozzetto sia discriminatorio nella sua composizione, perché appare offendere indistintamente il sentimento religioso o etico, e in particolare dei medici che optano per la scelta professionale di obiezione di coscienza in tema di interruzione volontaria della gravidanza. Secondo i giudici di Palazzo Spada la pur legittima critica alle scelte dei professionisti obiettori, nel caso *de quo*, supera i limiti generali della continenza espressiva giacché non si ferma a valutazioni misurate, ma senza necessità trasmoda in valutazioni lesive dell'altrui dignità morale e professionale. Infatti, per il Consiglio di Stato, il bozzetto «*oppone ("testa o croce'") in termini negativi e reciprocamente escludenti la ragione ("testa") e la fede cristiana ("croce"); pubblicizza così implicitamente che la fede cristiana ("croce") oscura la ragione (testa"); nega la dignità della ragione ("testa") alla scelta medica di obiezione di coscienza motivata da ragioni di fede cristiana ("croce"); appare negare autonoma dignità all'obiezione mossa da ragioni non già cristiane ma semplicemente etiche ovvero di altra fede religiosa; collega la meritevolezza o adeguatezza professionale del medico alle sue libere convinzioni religiose o comunque etiche in tema di interruzione volontaria della gravidanza*».

La sentenza n. 577 del 2019 del T.A.R. Puglia affronta la questione dell'approvazione governativa della nomina dei ministri di culto acattolici. Il Tribunale chiarisce che l'approvazione governativa amplia la sfera dei poteri del ministro di culto, ricollegando agli atti da lui compiuti nell'esercizio del suo ministero effetti diretti nell'ordinamento dello Stato; mentre, la mancata approvazione governativa non determina alcun impedimento per l'opera del ministro di culto, ben potendo egli continuare ad esercitare liberamente l'attività pastorale in tutto il territorio nazionale in virtù dei poteri conferitigli dalla Chiesa di appartenenza, senza necessità dell'approvazione. Pertanto, fermo restando il pieno rispetto dell'autonomia e della libertà religiosa riconosciuta dall'art. 8 Cost., l'approvazione della nomina del ministro di culto risulta finalizzata alla sola legittimazione dell'organismo religioso in seno alla realtà sociale in cui opera, sicché l'Amministrazione deve poter mantenere la potestà di negare l'approvazione della nomina allorquando, per l'esiguità del numero dei fedeli, non si ravvisa la reale esigenza di collegare agli atti compiuti dal ministro di culto anche la produzione di effetti giuridici nell'ordinamento civile.

La sentenza n. 393 del 2019 del T.A.R. Lombardia riguarda la necessità dell'attestazione di fede per la sepoltura nel reparto cimiteriale islamico ed è commentata con nota "*Diritto alla sepoltura nei reparti speciali e attestazione di fede*" dalla dott.ssa Silvia Baldassarre.

Infine, si segnalano la sentenza n. 1916 del T.A.R. Lombardia e la sentenza n. 8328 del 2019 emessa dal Consiglio di Stato (per la lettura del testo integrale delle sentenze si rimanda al sito www.giustizia-amministativa.it).

La prima determina i requisiti, intrinseco ed estrinseco, per ravvisare la presenza di una moschea.

La sentenza del Consiglio di Stato n. 8528/19 conferma la sentenza del T.A.R. Lombardia n. 686/2018, in questa *Rivista*, 2018, n. 1, p. 440 ss., che nel rifarsi alla sentenza n. 63 del 23 febbraio 2016 della Corte Costituzionale, aveva evidenziato che un provvedimento di pianificazione urbanistica che preveda la realizzazione di un edificio di culto (nel caso specifico, di una moschea) tende a modulare l'interesse pubblico all'esercizio del culto religioso; pertanto, in assenza di una rimeditazione sull'interesse pubblico originariamente individuato, non può giustificarsi la decadenza dal titolo abilitante sulla base di inadempimenti, più o meno gravi, degli obblighi convenzionali.

Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

Sez. I di Roma, 5 febbraio 2019 n. 1433

Associazioni di tipo mafioso – Costruzione cappelle votive e partecipazione a riti religiosi – Presupposti applicativi dell'art. 143 primo comma T.U.E.L..

La penetrazione delle cosche mafiose nell'ambiente ecclesiale e il correlato comportamento dell'Ente comunale sono suscettibili di integrare, ai sensi dell'art. 143, primo comma T.U.E.L., segni concreti, univoci e rilevanti, assolutamente idonei ad assumere una valenza tale da determinare l'alterazione del procedimento di formazione della volontà degli organi elettivi ed amministrativi e da compromettere il buon andamento e l'imparzialità delle amministrazioni.

Omissis (…)

FATTO

1. Con il ricorso in epigrafe indicato i ricorrenti, tutti ex componenti della Giunta e del Consiglio Comunale del Comune di -OMISSIS-, hanno impugnato il D.P.R. 24 novembre 2017 che ha disposto lo scioglimento dell'Ente ai sensi dell'art. 143 T.U.E.L., affidandone la gestione, per un periodo di 18 mesi, alla Commissione straordinaria, alla quale sono stati attribuiti i poteri e le attribuzioni spettanti al consiglio comunale, alla giunta ed al sindaco, con ogni altro potere ed incarico connesso a tali cariche.

2. (…).

DIRITTO

8. Ritiene il Collegio, prima di procedere alla disamina dei motivi di gravame, dare conto brevemente del contenuto del decreto del Presidente della Repubblica che ha disposto lo scioglimento del Comune di -OMISSIS-.

8.1. Esso decreto è stato adottato su conforme deliberazione del Consiglio dei Ministri, previa l'istruttoria di rito esperita dalla Commissione nominata dal Prefetto.

8.2. All'esito dei controlli effettuati presso gli uffici comunali, questa, nella propria relazione diretta al Prefetto, ha segnalato, tra gli elementi di maggior rilievo:

a) il coinvolgimento del primo cittadino e di uno dei consiglieri comunali (tale -OMISSIS-) nella "-OMISSIS-", il primo in qualità di indagato, in stato di libertà, per concorso esterno in associazione mafiosa e per illecito procacciamento di voti, il secondo sospeso dalla carica e destinatario di una ordinanza di custodia cautelare in quanto indagato di reati vari, tra cui quello di cui all'art. 416 bis c.p., in quanto ritenuto appartenere alla cosca della 'ndrangheta che controlla il territorio del Comune di -OMISSIS- e dei comuni viciniori, cosca i cui esponenti di vertice sarebbero alcuni membri della famiglia-OMISSIS-nonché il responsabile del-OMISSIS-, tale-OMISSIS-, pure raggiunto da fermo; il -OMISSIS-, in particolare, si sarebbe prestato a rendersi intestatario fittizio delle quote della società -OMISSIS-, che eroga servizi di catering e che è stata/è utilizzata dalla cosca per acquisire il controllo delle forniture e dei servizi inerenti l'assistenza ai migranti apprestati dal-OMISSIS-, oltre che il servizio di refezione scolastica del Comune;-OMISSIS-ha contratto matrimonio con una-OMISSIS-, ed alla celebrazione del rito hanno partecipato tanto il -OMISSIS- che il-OMISSIS-, in qualità di testimoni;

b) i consiglieri comunali per lo più non risultano inseriti in alcuna consorteria malavitosa, ma per alcuni risultano frequentazioni documentate o stretti legami di parentela con pregiudicati o esponenti delle cosche locali; nella relazione la Commissione evidenzia altresì l'elevato numero di amministratori che, dal 2013, si sono avvicendati nella Giunta e nel Consiglio Comunale;

c) vari dipendenti del Comune, addetti a settori nevralgici (es: ufficio patrimonio, urbanistica, settore finanziario, ufficio entrate e tributi, etc.) risultano avere frequentazioni documentate con esponenti delle cosche locali; uno di essi, tale -OMISSIS-, che ha a proprio carico precedenti penali, è anche zio dei titolari di una società che è stata frequentemente affidataria diretta di lavori, società che intercettazioni telefoniche hanno dimostrato essere "protetta" dalla più potente locale cosca mafiosa; la Commissione ha inoltre rilevato che la mobilità interna tra i dipendenti è scarsa e non in linea con le disposizioni di legge;

d) l'affidamento, da anni, del servizio di refezione scolastica ad una società che si avvale di impresa ritenuta essere un "caposaldo" per le attività illecite delle locali consorterie, la già menzionata società -OMISSIS-, fittiziamente intestata a -OMISSIS-; l'affidamento è talora avvenuto – come nel 2015, quando alla gara ha partecipato solo la società-OMISSIS-, che ha vinto la gara con ribasso quasi nullo, avvalendosi della società -OMISSIS- – previo esperimento di gare con ridotta partecipazione di altri operatori economici, malgrado si trattasse di gare potenzialmente interessanti dal punto di vista economico; anche nelle occasioni in cui il servizio è stato affidato a società apparentemente svincolate da dinamiche riconducibili a organizzazioni crimi-

nali, sono comunque emersi contatti tra tali società aggiudicatarie ed imprese coinvolte con il locale contesto mafioso;

e) l'affidamento del servizio di pulizia degli uffici dell'Ente dal 2014 a società riconducibile, tramite cessioni di rami d'azienda e partecipazioni incrociate, ad uno dei soggetti tratti in arresto nell'ambito della ricordata indagine coordinata dalla DDA;

f) lo svolgimento del servizio di custodia e mantenimento dei cani randagi in sostanziale regime di monopolio, da oltre 20 anni, dal medesimo soggetto, sempre affidatogli in via diretta nonostante il sistematico superamento dell'importo oltre il quale era imposto l'esperimento di una gara, servizio che peraltro è stato fatto recentemente oggetto di cessione a terzi senza preventiva autorizzazione dell'Ente;

g) l'assenza di programmazione pluriennale dei lavori pubblici ed il sistematico ricorso all'affidamento diretto di lavori o a procedure di somma urgenza, a continuo beneficio delle medesime società ed in particolare ad una società i cui titolari hanno rapporti di parentela con uno dei dipendenti del Comune ritenuto affine a pregiudicati per reati di mafia: la indicata società (-OMISSIS-s.r.l.) nel triennio 2003-2017 ha beneficiato di commesse dell'importo di 1.350.000,00 euro, e solo nel maggio 2017 le sono stati affidati lavori del valore iniziale di 18.000,00 euro, poi lievitato ad oltre 500.000,00 euro; intercettazioni telefoniche hanno consentito di acclarare che la società in questione gode della protezione della principale cosca locale;

h) la avvenuta allocazione, nel territorio del Comune, di un parco eolico facente capo ad una società le cui quote sono state sequestrate, unitamente alla struttura stessa del parco, come misura di prevenzione ai sensi del D. L.vo 159/2011 ed il cui effettivo proprietario, celato da un articolato sistema di interposizioni fittizie e reali, risulta essere un dipendente del Comune, -OMISSIS-, destinatario delle misure di prevenzione; la società sarebbe stata favorita nella Convenzione, che non prevede la risoluzione per morosità; di fatto la società è in notevole arretrato con il pagamento delle misure compensative;

i) la particolare inefficienza dell'Amministrazione nel settore edilizio, con giacenza di migliaia di pratiche relative ad abusi edilizi e mancata esecuzione delle ordinanze di demolizione; molti edifici abusivi sono stati realizzati, su terreni pubblici, da 'ndranghetisti, che in alcuni casi li utilizzano a titolo personale; di tale inefficienza si sono avvantaggiati, in molti casi, soggetti legati alle cosche locali; nell'anno 2016 l'Ente ha aderito al "*Progetto di legalità in materia di acquisizione e di demolizione di manufatti abusivi"*, ciò nonostante alcuna iniziativa risulta essere stata assunta laddove si trattava di toccare gli interessi dei numerosi 'ndranghetisti locali; vicenda particolare è quella che ha avuto ad oggetto la realizzazione di 20 cappelle votive, volute dal parroco

locale, attinto da misura cautelare custodiale nell'ambito della "-OMISSIS-", tutte illegittimamente realizzate in assenza di un titolo edilizio ed anche con modificazioni rispetto ad una delibera del Consiglio Comunale che aveva approvato un accordo di programma per la realizzazione di esse; alcune cappelle sono state realizzate con donazioni di noti malavitosi locali;

l) la vicenda delle cappelle votive si inserisce in un quadro di rapporti tanto solidi quanto malsani esistenti tra gli esponenti della cosca locale ed il parroco; rapporti che hanno consentito a noti mafiosi di partecipare in evidenza, ed anche attivamente, a manifestazioni tradizionali religiose e che hanno consentito che la -OMISSIS- fosse guidata in maniera spregiudicata dal -OMISSIS-; il parroco, come precisato, è stato arrestato nell'ambito della "-OMISSIS-";

m) inefficace è pure l'azione di recupero dei tributi evasi, che sostanzialmente è stata attivata solo in conseguenza della "-OMISSIS-"; la -OMISSIS- ed altre due società sono da sole debitrici di circa 175.000,00 Euro.

9. Tutte le anzidette circostanze sono state contestate dai ricorrenti, prima con il ricorso introduttivo del giudizio, poi con i motivi aggiunti, siccome non rispondenti al vero e/o non rilevanti.

10. I ricorrenti, anzitutto, minimizzano il coinvolgimento del sindaco -OMISSIS-e del consigliere -OMISSIS-, nella "-OMISSIS-", non essendovi allo stato alcun accertamento di responsabilità penale, né essendovi prova che il di loro operato sia ridondato sulla attività dell'Ente; il -OMISSIS-è stato, piuttosto, oggetto di varie intimidazioni, e la sua frequentazione con il-OMISSIS- non ha un significato univoco, posto che -OMISSIS-era il responsabile del-OMISSIS- locale, ed aveva continui rapporti con le Istituzioni civili e religiose, ed appariva persona del tutto affidabile; anche la presenza del-OMISSIS-tra gli amministratori non ha significato univoco e non dimostra vicinanza dell'organo politico alla criminalità organizzata, né vi è prova che questi, con il proprio agire, abbia influenzato l'agire del Comune; gli avvicendamenti all'interno della Giunta e del Consiglio Comunale sarebbero fisiologici e dovuti a logiche politiche; nessuno tra gli amministratori ed i dipendenti risulta inserito in una organizzazione criminale; la frequentazione che vari dipendenti ed alcuni consiglieri avrebbero, secondo quanto rilevato dalla Commissione, con esponenti delle locali cosche 'ndranghetiste non può considerarsi un indice sicuro di permeabilità, della Amministrazione, alla criminalità organizzata, né i legami di parentela ed affinità possono di per sé giustificare un giudizio di collegamento mafioso automatico, tanto più per il fatto che si tratta in ogni caso di dipendenti assunti dalle Amministrazioni precedenti, rispetto ai quali i nuovi amministratori non avevano alcun potere, all'occorrenza, di licenziamento.

10.1. I ricorrenti affermano poi che l'atto impugnato, e le relazioni presup-

poste, sarebbero in errore circa la affermata sussistenza di una diffusa situazione di disordine amministrativo.

10.2. Sostengono che la recente consiliatura si è fortemente adoperata per ridurre l'esposizione debitoria del Comune, e per recuperare centinaia di migliaia di euro per crediti relativi ad ICI ed IMU, la cui debenza sarebbe stata ridotta del 21%, anche grazie ai numerosi procedimenti di riscossione coattiva che sono stati intrapresi. La recente Amministrazione è poi riuscita ad ottenere una importante sovvenzione ministeriale per la costruzione di edilizia scolastica, un altro finanziamento regionale, di 21 milioni di euro, per la portualità, ed ha implementato programmi di servizio civile per i giovani; ha sbloccato molte pratiche di sdemanializzazione di terreni; ha dismesso molte utenze di energia elettrica sottoutilizzate, ha richiesto l'istituzione di un Commissariato di P.S.; ha amministrato con trasparenza i beni confiscati alle cosche mafiose; non è chiaro, invece, a quali imprese o società si riferiscano gli atti impugnati laddove affermano che alcune imprese criminali avrebbero elevati debiti tributari, che il Comune non avrebbe fatto nulla per recuperare; i revisori dei conti hanno sempre espresso pareri favorevoli sulla attività finanziaria e contabile dell'ultima consiliatura.

10.3. Circa il servizio di refezione scolastica, i ricorrenti sottolineano che fino al 2015 sarebbe stato svolto in base a gare espletate dalla Amministrazione precedente, mentre per il triennio 2015-2018 l'appalto era stato aggiudicato a seguito di una gara regolare, vinta da una ditta munita di regolare certificazione antimafia, che già operava nel-OMISSIS- e nella mensa della Polizia e della Questura di -OMISSIS-: si trattava dunque di aggiudicataria di massima affidabilità. Solo successivamente, nell'ambito della indagine penale di cui si è detto, è emerso un collegamento tra la ditta ausiliaria (-OMISSIS-), che di fatto attualmente svolge il servizio, e la criminalità organizzata, collegamento che inizialmente il SUAP non aveva potuto individuare a causa del fatto che non era pervenuta in tempo la relativa certificazione antimafia.

10.4. Il servizio di pulizia dal 2014 è stato appaltato, dalla disciolta Amministrazione, ad un importo molto più basso di quello che il Comune doveva sostenere durante le precedenti consiliature, ed in ogni caso la gara è stata regolare e trasparente e l'implicazione della aggiudicataria nella "-OMISSIS-" non era nota.

10.5. Il servizio di custodia dei cani randagi è svolto dal 2005 da una ditta nominata dalla Commissione Prefettizia, titolare di regolare certificazione antimafia.

10.6. I ricorrenti contestano che siano mai stati affidati lavori in somma urgenza in difetto dei requisiti che rendevano possibile il ricorso a tale procedura e censurano la relazione della Commissione, sul punto, per genericità. La

-OMISSIS-s.r.l., affidataria di molteplici affidamenti nel triennio 2013-2017, è iscritta alla *White List*; è stato a seguito di un evento calamitoso intervenuto a fine 2016 che a tale ditta sono stati affidati con urgenza lavori, dell'importo iniziale di 198.000,00 euro, e poi altri ancora, per un importo finale di oltre 550.000,00 euro.

10.7. Le quote della società intestataria del Parco Eolico fanno capo al dipendente -OMISSIS-, dipendente del Comune dal 1980, considerato da sempre di massima fiducia, anche dalla Commissione Prefettizia che ha gestito il Comune tra il 2003 ed il 2006, tanto da essere nominato responsabile di diversi servizi e competenze. La relazione ministeriale non ha indicato atti della Amministrazione che l'avrebbero favorito, ma in esito ai provvedimenti giudiziari assunti nei di lui confronti sarebbe stato confinato al servizio di biblioteca. Il nulla-osta alla localizzazione del parco eolico nel Comune di -OMISSIS- è stato rilasciato dalla Commissione Prefettizia, che pure ha curato la stipula, con la società titolare, della convenzione che disciplina i diritti di superficie; tra il 2012 ed il 2017 il parco eolico è stato gestito da un amministratore giudiziario, fino a passare definitivamente in proprietà allo Stato nel 2017, pertanto non v'era spazio per agire cercando di favorire l'-OMISSIS-o la cosca cui è affiliato; l'Amministrazione dal 2015 ha implementato varie azioni giudiziarie per recuperare sia le misure compensative che la Convenzione ha previsto a favore del Comune, agendo addirittura per somme superiori a quelle realmente dovute dalla società, sia l'ICI dovuta per l'anno 2011.

10.8. Circa l'accusa di aver trascurato l'abusivismo edilizio, i ricorrenti sottolineano che la consiliatura eletta nel 2013 si è subito mossa per far approvare il Piano Strutturale Comunale, per dotare il Comune di un sistema di geolocalizzazione che consente di conoscere il territorio in tempo reale, e per dare corso alla attuazione dell'Accordo di programma finalizzato all'abbattimento degli immobili abusivi, stipulato con la Procura della Repubblica di -OMISSIS-; la percentuale di abusi edilizi ancora inevasi è, secondo i ricorrenti, in linea con i dati nazionali. Quanto, poi, alla vicenda delle cappelle votive, non si potrebbe ravvisare in tale avvenimento alcun segno di condizionamento mafioso nella vita del Comune; circa la mancanza del titolo edilizio necessario per realizzare le cappelle, i ricorrenti sottolineano che la relativa competenza è dell'Ufficio Tecnico, e non già dell'organo politico.

11. A mezzo dei rilievi di cui si è testé dato conto i ricorrenti puntano, in sostanza, ad affermare che l'organo politico da una parte ha agito molto, e bene, per fronteggiare i più gravi problemi che da anni affliggono l'Ente ed il relativo territorio, d'altra parte che esso organo politico non era al corrente della contiguità alle locali cosche della 'ndrangheta di alcune imprese affidatarie di servizi o lavori e di alcuni dipendenti, in particolare il -OMISSIS-, fino

a che il medesimo non è stato attinto da misure di prevenzione.

12. Per quanto significativi e suggestivi gli anzidetti rilievi non sono, ad avviso del Collegio, idonei a spiegare alcune significative anomalìe rilevate dalla Commissione prefettizia, indicative di possibile condizionamento mafioso.

13.1. Costituisce eventualità singolare il fatto che alcuni importanti servizi siano stati affidati, per anni, e anche in quelli più recenti, ad imprese che sono risultate avere contatti, diretti o indiretti, con la criminalità organizzata: ciò è avvenuto certamente per il servizio di refezione scolastica, espletato in avvalimento da impresa financo priva anche della certificazione antimafia, e per il servizio di pulizia degli uffici. Non è contestato dai ricorrenti che la società -OMISSIS-, che espleta il servizio di refezione scolastica in qualità di ausiliaria della aggiudicataria, faccia capo al dipendente -OMISSIS-, già raggiunto da misure di prevenzione in quanto intestatario fittizio di beni della potente cosca locale, e neppure è contestato che l'aggiudicazione del servizio per il triennio 2015-2018 è avvenuta a seguito di gara che non ha visto partecipare altre imprese.

13.2. Anche i numerosi affidamenti diretti di lavori, in economia o in somma urgenza, costituiscono un dato anomalo: gli affidamenti in somma urgenza, in particolare, si giustificano solo in presenza di condizioni molto stringenti (concreto pericolo per l'incolumità pubblica) e difficili a verificarsi, la cui mancanza espone il dirigente che vi ricorre a responsabilità personale; proprio per tale ragione è raro l'affidamento di lavori di valore consistente con la procedura di somma urgenza, ed in tali casi l'affidamento si limita alle opere strettamente necessarie a far venir meno l'urgenza.

13.2.1. Il Collegio considera pertanto circostanza anomala che nel Comune di -OMISSIS- si sia fatto ricorso a tale procedura in svariate occasioni, potendosi quindi ipotizzare che tale modalità sia stata scelta per favorire l'impresa-OMISSIS-s.r.l., che fa capo ai due nipoti del dipendente -OMISSIS-e che, infatti, è risultata beneficiaria di più d'uno di questi affidamenti, uno dei quali, di valore significativo, che ha più che raddoppiato in corso di esecuzione. Il fatto che tale impresa sia iscritta sulla *white list* della Prefettura di -OMISSIS- non rende la situazione meno sospetta, sia perché gli affidamenti risultano frequenti e per lo più riconducibili agli stessi soggetti, sia per la rilevata mancanza di programmazione triennale dei lavori pubblici, pure segnalata dalla Commissione, sulla quale i ricorrenti nulla di significativo hanno eccepito, la quale ha esposto ed espone l'ente ad avere necessità di effettuare lavori urgenti; si rammenta inoltre che conversazioni telefoniche intercorse tra alcuni esponenti di locali cosche mafiose, intercettate dalle Forze di Polizia, hanno evidenziato che l'impresa-OMISSIS-gode della "protezione" della cosca lo-

cale più potente, ed anche su questo punto i ricorrenti nulla dicono.

13.3. Altra circostanza significativa si registra sul versante dell'abusivismo edilizio. La Commissione Prefettizia ha in particolare segnalato che tale fenomeno ha qui interessato anche molti terreni pubblici, sui quali sono state realizzate le abitazioni di alcuni 'ndranghetisti di rilievo. I procedimenti sanzionatori in questo caso sono fermi, le ordinanze di demolizione mai eseguite, ed i ricorrenti sorvolano su cosa abbia fatto l'ultima Amministrazione per recuperare i beni in questione alla disponibilità del Comune. Tale situazione non si spiega se non con il fatto che i dipendenti dell'Ufficio Tecnico sono contigui alla criminalità organizzata ovvero semplicemente refrattari, per timore, a porre in essere gli atti d'ufficio necessari, il che in entrambi i casi segnala una situazione di condizionamento.

13.4. Ragionamento analogo può essere fatto per il debito tributario: per quanto possa aver fatto l'ultima consiliatura per abbatterlo, ciò non toglie che essa si è attivata dopo il 2015 e comunque non risulta abbia colpito con determinazione anche le famiglie dei malavitosi o le imprese ad essi collegate, come ad esempio la stessa -OMISSIS-, che ha accumulato un rilevante debito.

13.5. Non convincenti sono le deduzioni dei ricorrenti riguardanti la realizzazione delle cappelle votive, la cui abusività viene da essi sbrigativamente riversata sul solo Ufficio Tecnico e sul parroco. È un fatto pacifico che almeno 5 di queste cappelle votive sono state finanziate con donazioni provenienti da esponenti delle cosche locali, che evidentemente – come pure si legge nella Relazione della Commissione – tengono alla legittimazione pubblica anche da parte della Chiesa cattolica. Pertanto, la circostanza che le venti cappelle votive sono state realizzate senza titolo edilizio e sulla base di un accordo di programma – di cui peraltro non è chiara la natura – non è priva di significato ai fini che qui interessano, evidenziando riguardo della Amministrazione per coloro che traevano prestigio dalla attuazione del programma, cioè i finanziatori e sostenitori.

13.6. Ugualmente non dirimenti sono le considerazioni svolte dai ricorrenti in ordine al dipendente -OMISSIS-, acclarato affiliato della potente cosca mafiosa locale, che si riferisce essere stato "emarginato" allo svolgimento di mansioni secondarie. L'art. 143, comma 5, T.U.E.L. prevede che i soggetti, non amministratori, ai quali siano riferibili forme di collegamento o condizionamento mafioso, debbono essere sottoposti a procedimento disciplinare, in vista dell'eventuale licenziamento, previa sospensione; la misura idonea deve essere evidentemente stabilita in relazione al grado di connessione che il soggetto ha con la criminalità. Il dipendente -OMISSIS-, raggiunto da misure di prevenzione, intestatario fittizio, per conto della cosca mafiosa, della società intestataria del Parco eolico e della società -OMISSIS-, ha dimostrato

di essere molto legato alla più potente cosca 'ndranghetista locale e prono agli interessi della medesima: è quindi legittimo dubitare che la mera presenza di costui all'interno dell'ente, ancorché formalmente esautorato, possa aver condizionato l'operato di altri dipendenti. Ora, i ricorrenti affermano, nel ricorso introduttivo, che "*l'Amministrazione, diversamente dall'organo prefettizio, ha azionato nei confronti dell'-OMISSIS-provvedimenti disciplinari anche se poi vanificati in fase giudiziale dalla Magistratura ed ha confinato il dipendente al servizio biblioteca attuando un demansionamento di fatto*.", ma tale affermazione è del tutto generica e non è supportata da documenti. Pertanto allo stato non v'è prova che gli amministratori uscenti abbiano seriamente cercato di allontanare l'-OMISSIS- dall'Ente o di evitare che avesse contatti con gli altri dirigenti e dipendenti, né sono note le ragioni per cui l'Autorità Giudiziaria (presumibilmente il giudice del lavoro) abbia eventualmente "vanificato" un provvedimento di sospensione o disciplinare.

14. Tutte le circostanze esaminate al paragrafo che precede sono accomunate dal fatto di avere favorito concretamente interessi di vario tipo delle cosche malavitose o dei loro affiliati, e quindi sono oggettivamente spiegabili con fenomeni di condizionamento mafioso esercitati su dipendenti e/o amministratori. In un simile contesto la presenza, all'interno dell'Ente, di amministratori coinvolti in una importante indagine tendente ad esautorare la più importante cosca malavitosa locale, di un dipendente legato da vincoli di parentela a tale cosca e già acclarato affiliato alla stessa, di svariati dipendenti che hanno legami di parentela o di frequentazione con noti pregiudicati, può ragionevolmente essere ritenuta significativa ai fini della adozione di un provvedimento ex art. 143 T.U.E.L.

15. La giurisprudenza (si vedano tra le più recenti: C.d.S., Sez. III, sentenze 10.1.2018 n. 96; 2.10.2017 n. 4578; 25.1.2016 n. 256; 26.9.2014 n. 4845; 28.5.2013, n. 2895), ha più volte avuto modo di affermare che:

a) lo scioglimento del Consiglio comunale per infiltrazioni mafiose non ha natura di provvedimento di tipo "sanzionatorio" ma preventivo, per la cui legittimazione è sufficiente la presenza di elementi "indizianti", che consentano d'individuare la sussistenza di un rapporto inquinante tra l'organizzazione mafiosa e gli amministratori dell'ente considerato "infiltrato";

b) il quadro fattuale posto a sostegno del provvedimento di scioglimento ex art. 143 cit. deve essere valutato non atomisticamente ma nella sua complessiva valenza dimostrativa, dovendosi tradurre in un prudente apprezzamento in grado di lumeggiare, con adeguato grado di certezza, le situazioni di condizionamento e di ingerenza nella gestione dell'ente che la norma intende prevenire;

c) stante l'ampia sfera di discrezionalità di cui l'Amministrazione dispone

in sede di valutazione dei fenomeni connessi all'ordine pubblico, ed in particolare alla minaccia rappresentata dal radicamento sul territorio delle organizzazioni "mafiose", il controllo sulla legittimità dei provvedimenti adottati si caratterizza come "estrinseco", nei limiti del vizio di eccesso di potere quanto all'adeguatezza dell'istruttoria, alla ragionevolezza del momento valutativo, nonché alla congruità e proporzionalità rispetto al fine perseguito;

d) assumono rilievo, ai fini di che trattasi, situazioni non traducibili in episodici addebiti personali ma tali da rendere – nel loro insieme – plausibile, nella concreta realtà contingente e in base ai dati dell'esperienza, l'ipotesi di una soggezione degli amministratori locali alla criminalità organizzata (tra cui, in misura non esaustiva: vincoli di parentela o affinità, rapporti di amicizia o di affari, frequentazioni) e ciò pur quando il valore indiziario degli elementi raccolti non sia sufficiente per l'avvio dell'azione penale o per l'adozione di misure individuali di prevenzione (Cons. di Stato, Sez. III, 2 luglio 2014, n. 3340).

16. Tali principi sono stati sviluppati anche da questa Sezione in più di una occasione (tra le ultime: TAR Lazio, Sez. I, 24/09/2018, n. 9544, 3.4.18, n. 3675 e 22.1.18, n. 816), che ha precisato, al riguardo, come l'art. 143 del d.lgs. n. 267/2000, al comma 1 (nel testo novellato dall'art. 2, comma 30, della legge 94/2009), richiede che la situazione di condizionamento dell'ente locale da parte della criminalità sia resa evidente da elementi "concreti, univoci e rilevanti", che assumano valenza tale da determinare "*un'alterazione del procedimento di formazione della volontà degli organi elettivi ed amministrativi e da compromettere il buon andamento o l'imparzialità delle amministrazioni comunali e provinciali*". Gli elementi sintomatici del condizionamento criminale devono, quindi, caratterizzarsi per "concretezza", in quanto assistiti da un obiettivo e documentato accertamento nella loro realtà storica; per "univocità", intesa quale loro chiara direzione agli scopi che la misura di rigore è intesa a prevenire; per "rilevanza", che si caratterizza per l'idoneità all'effetto di compromettere il regolare svolgimento delle funzioni dell'ente locale (v. anche: Cons. Stato, Sez. III, 15.3.16, n. 1038).

17. Il Collegio ritiene, alla luce dell'ampia disamina dei fatti compiuta ai paragrafi che precedono, che la valutazione effettuata dalla Amministrazione nell'atto impugnato, considerata globalmente ed unitariamente, risponda ai criteri che la citata giurisprudenza ha enucleato per stabilire se la decisione di sciogliere un comune ai sensi dell'art. 143 T.U.E.L. possa considerarsi legittima in quanto rispondente a ragionevolezza e logicità.

18. Sulla legittimità di tale decisione non può incidere la circostanza che il condizionamento mafioso sia esercitato da dipendenti all'insaputa degli amministratori o da alcuni degli amministratori ad insaputa degli altri: non

trattandosi, infatti, di una misura sanzionatoria, essa non è finalizzata a punire condotte illecite caratterizzate da coscienza e volontà.

18.1. Ai fini della adozione della misura in argomento l'Amministrazione, nell'esercizio della discrezionalità che connota i provvedimenti in parola, può pertanto legittimamente prescindere dallo stato soggettivo di colpevolezza degli amministratori: ciò che conta, in definitiva, è la constatazione che l'attività dell'ente risulti asservita, anche solo in parte, agli interessi delle consorterie mafiose, giacché tale constatazione denuncia che l'organo politico non è in grado, per complicità, connivenza, timore o mera incompetenza, di prevenire o di contrastare efficacemente il condizionamento mafioso.

19. Ciò si evince dall' art. 143, comma 2, T.U.E.L. , il quale afferma che "*Al fine di verificare la sussistenza degli elementi di cui al comma 1 anche con riferimento al segretario comunale o provinciale, al direttore generale, ai dirigenti ed ai dipendenti dell'ente locale, il prefetto competente per territorio dispone ogni opportuno accertamento, di norma promuovendo l'accesso presso l'ente interessato*": tale proposizione sottende che il condizionamento degli amministratori, indicati al comma 1, ad opera della criminalità organizzata di stampo mafioso, ovvero un collegamento diretto o indiretto di essi alle relative consorterie, può legittimamente essere presunto ove tali collegamenti o condizionamenti siano acclarati – mediante l'accertamento di elementi concreti, univoci e rilevanti – in capo ai dipendenti o ai dirigenti dell'ente locale. Tale previsione conferma che, una volta constatato l'asservimento dell'ente agli interessi della criminalità organizzata, gli amministratori non possono invocare la loro ignoranza relativamente al collegamento alla criminalità organizzata di dipendenti o dirigenti; sicché, ad evitare la decisione di sciogliere l'ente – pur sempre possibile ai sensi dell'art. 143, comma 5, T.U.E.L. – gli amministratori hanno l'onere di dimostrare di aver agito non solo per riportare ordine nella amministrazione dell'ente, ma più specificamente per individuare e contrastare le forme e le fonti del condizionamento mafioso, e del conseguente pregiudizio per l'ente.

19.1. Infatti la giurisprudenza ha più volte affermato – a tale proposito – che lo scioglimento ex art. 143 cit., in virtù della natura "non sanzionatoria" che lo contraddistingue, è legittimo sia qualora sia riscontrato il coinvolgimento diretto degli organi di vertice politico-amministrativo sia anche, più semplicemente, per l'inadeguatezza dello stesso vertice politico-amministrativo a svolgere i propri compiti di vigilanza e di verifica nei confronti della burocrazia e dei gestori di pubblici servizi del Comune, che impongono l'esigenza di intervenire ed apprestare tutte le misure e le risorse necessarie per una effettiva e sostanziale cura e difesa dell'interesse pubblico dalla compromissione derivante da ingerenze estranee riconducibili all'influenza ed all'ascendente

esercitati da gruppi di criminalità organizzata (in tal senso: T.A.R. Lazio, sez. I, 03/04/2018, n. 3675; TAR Lazio, Sez. I, 28.8.15, n. 10899 e Cons. Stato, Sez. III, 6.3.12 n. 1266.). Ha affermato, inoltre, che "*l'esatta distinzione tra attività di gestione ed attività di indirizzo e di controllo politico-amministrativo non esclude che il non corretto funzionamento degli apparati dell'amministrazione sia addebitabile all'organo politico quando non risultano le attività di indirizzo e di controllo dirette a contrastare tale cattivo funzionamento*" (Cons. Stato, Sez. III, n. 4578/17 cit.).

19.2. Come già precisato i ricorrenti molto hanno scritto per dimostrare di aver cercato di mettere ordine nella amministrazione dell'ente, ma tutti gli elementi indicati ai precedenti paragrafi provano che non hanno posto in essere una efficace attività di contrasto: indicative in tal senso sono la mancanza di programmazione triennale delle opere pubbliche ed il mancato licenziamento o l'isolamento effettivo del dipendente -OMISSIS-, di cui era nota l'affiliazione alla più potente cosca locale; anche l'approvazione, da parte del Consiglio Comunale, dell'accordo di programma per la realizzazione delle cappelle votive prova la mancanza di un effettivo controllo sull'attività dei dirigenti, tenuto conto del fatto che l'accordo di programma approvato dal Consiglio Comunale (doc. 101 di parte ricorrente) stabiliva che le cappelle fossero realizzate previa autorizzazione da parte dell'ufficio tecnico comunale e che tale autorizzazione non è mai stata rilasciata; nulla è dato sapere, inoltre, circa le iniziative che i ricorrenti hanno assunto per assicurarsi che fossero perseguiti anche gli abusi edilizi commessi da esponenti della criminalità organizzata.

20. Il particolare rigore con cui deve essere valutata la situazione e l'operato – o il non operato – degli amministratori è direttamente connesso alla straordinarietà dell'indicata misura, alla sua fondamentale funzione di contrasto alla capillare diffusione, tramite connivenza con le amministrazioni locali, della criminalità organizzata sull'intero territorio nazionale, ed al fatto che "*la finalità perseguita dal legislatore è rimasta quella di offrire uno strumento di tutela avanzata, in particolari situazioni ambientali, nei confronti del controllo e dell'ingerenza delle organizzazioni criminali sull'azione amministrativa degli enti locali, in presenza anche di situazioni estranee all'area propria dell'intervento penalistico o preventivo*" (Cons. Stato, Sez. III, 23 marzo 2014, n. 2038), nell'evidente necessità di evitare, con immediatezza, che l'amministrazione locale rimanga permeabile all'influenza della criminalità organizzata per l'intera durata del suo mandato elettorale (Cons. Stato, Sez. III, n. 3340/2014 cit.).

21. Tali considerazioni spiegano l'irrilevanza delle argomentazioni difensive dei ricorrenti trattate nel secondo motivo di ricorso principale e nei motivi aggiunti, essenzialmente tese a dimostrare che la disciolta consiliatura si

è adoperata per porre rimedio al diffuso disordine amministrativo dell'ente e che eventuali condotte illecite poste in essere al fine di favorire le locali cosche mafiose erano rimaste misconosciute ed erano inimmaginabili fino al disvelamento della "-OMISSIS-", vista la stima ed il prestigio di cui godevano i soggetti coinvolti nella indagine.

22. Infondato è pure il primo motivo di ricorso principale.

22.1. Contrariamente a quanto sostengono i ricorrenti, il Decreto del Presidente della Repubblica impugnato contiene una accurata descrizione delle anomalìe riscontrate e, comunque, contiene un rinvio agli atti presupposti, dovendosi pertanto ritenere correttamente motivato anche *per relationem*.

22.2. Quanto alla presunta illegittimità insita nel non aver, il decreto presidenziale impugnato, indicato le misure necessarie per porre rimedio alla situazione, il Collegio rileva che l'indicazione di tali misure deve ritenersi necessaria solo quando, ai sensi dell'art. 143, comma 5, non viene disposto lo scioglimento dell'ente pur in presenza di elementi indicativi del condizionamento mafioso sull'ente: in tal caso l'indicazione dei provvedimenti necessari per rimuovere tempestivamente gli effetti più gravi e pregiudizievoli per l'interesse pubblico è indispensabile per indirizzare l'azione degli amministratori, anche perché si sceglie di continuare a dare loro fiducia e quindi debbono dimostrare di essere concretamente disponibili a compiere certi passi di contrasto alla criminalità organizzata. Una tale esigenza, evidentemente, non sussiste nel caso in cui viene disposto lo scioglimento, che comporta l'insediamento di una commissione statale che si sostituisce nella gestione dell'ente.

23. Conclusivamente e tenuto conto di tutte le considerazioni sopra esposte, il ricorso e i motivi aggiunti di cui in epigrafe debbono essere respinti.

(…).

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li respinge.

(…)

Consiglio di Stato, Sez. III, 18 luglio 2019, n. 5077

Associazioni di tipo mafioso – Costruzione cappelle votive e partecipazione a riti religiosi – Presupposti applicativi dell'art. 143 primo comma T.U.E.L..

La penetrazione delle cosche mafiose nell'ambiente ecclesiale e il correlato comportamento dell'Ente comunale sono suscettibili di integrare, ai sensi dell'art. 143, primo comma T.U.E.L., segni «concreti, univoci e rilevanti», assolutamente idonei ad assumere una valenza tale da determinare «l'alterazione del procedimento di formazione della volontà degli organi elettivi ed amministrativi e da compromettere il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione comunale nonché il regolare funzionamento dei servizi ad essa affidati.

Omissis (…)

per la riforma

della sentenza n. 1433 del 5 febbraio 2019 del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sede di Roma, sez. I, (…)

FATTO e DIRITTO

(…).

3. L'appello deve essere respinto.

4. L'atto di appello propone, da un lato, una serie di analitiche censure (pp. 5-27 del ricorso), che possono essere raggruppate per aree tematiche, avverso le motivazioni della sentenza impugnata, che hanno espressamente rigettato i motivi proposti in primo grado, e dall'altro una serie di ulteriori censure, non esaminate dal primo giudice, che l'atto stesso ha inteso riprodurre in questa sede (pp. 27-34 del ricorso).

4.1. È all'esame delle prime che questo Collegio, seguendo l'ordine logico delle questioni così come posto dagli stessi appellanti, per poi esaminare, sinteticamente, anche le seconde censure.

5. Con un primo ordine di censure, che possono essere unitariamente esaminate in quanto afferenti alla situazione personale e alle frequentazioni del sindaco, dei membri della giunta e del consiglio comunale e dei dipendenti dell'ente (pp. 5-13 del ricorso), gli odierni appellanti contestano la valenza indiziaria, ai fini che qui rilevano, di tali legami e frequentazioni del sindaco

con (…) e don (…), soggetti graditi alle istituzioni pubbliche e destinatari, in tempi non sospetti, di attestati di benemerenza persino da parte del Procuratore Nazionale Antimafia.

5.1. Si contesta l'assenza di prova circa contatti di amministratori locali e dipendenti comunali con associazioni mafiose, tali da influenzare la vita politica e amministrativa dell'ente, e in riferimento alla posizione di (…), si osserva che lo stesso non è stato rimosso, licenziato o sospeso nemmeno dalla Commissione prefettizia insediatasi dopo lo scioglimento del consiglio comunale.

5.1. Le censure non hanno alcun pregio.

5.1. Occorre subito evidenziare il clima omertoso nel quale si è trovata ad operare la Commissione di accesso, come essa stessa ricorda a p. 3 della propria relazione, al punto tale che «*nonostante la più ampia disponibilità, nessun contatto è stato possibile instaurare con la società civile o con esponenti e forze politiche, sia pure di opposizione*».

5.2. Il sindaco (…), come rammenta la relazione della Commissione (v., in particolare, p. 46), è stato deferito in stato di libertà dalla Procura della Repubblica – D.D.A. di Catanzaro in quanto indagato per i delitti di cui agli artt. 110, 81, comma secondo, e 416-*bis*, perché, pur non facendo parte della cosca (…), si metteva a disposizione di questa e, in particolare, di (…), con cui ha mantenuto contatti diretti, per consentire tra l'altro ai membri del vertice del sodalizio di poter acquisire lotti immobiliari nel Comune di (…) e per garantire loro la compiacenza delle strutture comunali, ponendosi quale figura di riferimento istituzionale capace di interloquire con i diversi enti al fine di garantire alla (…) e ai propri fornitori il controllo degli appalti serventi il Centro di accoglienza e il recupero dei relativi crediti.

5.3. Il consigliere (…), sospeso dalla carica di consigliere comunale dopo l'arresto scaturente dall'operazione "(…)" e legale rappresentante de (…), risulta, dall'ordinanza che ha disposto il fermo, addirittura intraneo alla cosca (…), con il compito di coadiuvare i parenti (…) nella distrazione dei capitali serventi la gestione del catering per il Centro di accoglienza, apprestando all'uopo falsi documenti contabili ed utilizzando, quali soggetti contabili emittenti, le imprese commerciali dallo stesso gestite e, ancora, rendendosi disponibile ad acquisire quote sociali di imprese appositamente costituite per veicolare il danaro, provento di illecite condotte di distrazione, sì da ripulire lo stesso per essere destinato in parte ad incrementare la c.d. *bacinella* della cosca, come ora si dirà.

5.4. Si tratta di condotte gravissime, emergenti dagli atti dell'operazione di polizia giudiziaria che ha condotto all'arresto anche di don (…) e alla scoperta del sistema della Misericordia, di cui si dirà, e che comprovano, seppure allo

stato degli atti e impregiudicato ogni ulteriore accertamento da parte dell'autorità giudiziaria penale, lo stato di grave compromissione dei vertici della politica locale con la cosca (…).

5.5. Simile compromissione, ove non bastasse, è ulteriormente rafforzata dalla presenza del dipendente (…), componente della famiglia (…), e indicato, nel decreto n. (…) emesso dal Tribunale di Crotone, quale effettivo proprietario della (…) e, quindi, del parco eolico (…).

5.6. Il medesimo (…), come ha indicato il medesimo decreto, ha svolto un ruolo centrale che avrebbe consentito agli esponenti della sua famiglia di godere di un canale privilegiato nel controllo e nel condizionamento delle decisioni politiche sul territorio.

5.7. La relazione prefettizia elenca una serie impressionante di pregiudizi penali, di parentele e di frequentazioni di molti politici locali e di dipendenti comunali con soggetti vicini o intranei alle cosche mafiose egemoni sul territorio, e denuncia più volte l'atteggiamento omertoso, ostruzionistico, non collaborativo di tutti gli uffici comunali negli accertamenti svolti.

5.8. A fronte di questo quadro, già di per sé altamente eloquente circa la grave compromissione della vita politica e amministrativa locale con logiche e interessi di stampo mafioso, del tutto sterili appaiono le censure degli appellanti che, soffermandosi su una analisi parziale, incompleta e atomistica dei singoli elementi, trascurano il dato complessivo di una permeabilità dell'intero apparato politico e amministrativo locale alle influenze e alle cointeressenze con le cosche locali.

5.9. Bene ha perciò valutato la sentenza impugnata, con motivazione che va esente da ogni censura, che in un simile contesto, gravemente compromesso, la presenza, all'interno dell'ente, di amministratori coinvolti in misura più o meno netta nell'indagine "J.", di un dipendente legato da vincoli di parentela con la cosca (…), di svariati dipendenti che hanno legami di parentela e di frequentazioni, niente affatto sporadici come a torto sostengono gli appellanti, con noti pregiudicati legati a detta cosca e ad altre sia circostanza che possa essere ragionevolmente ritenuta, secondo la logica del "*più probabile che non*" (v., *infra*, § 17), indice di verosimile condizionamento mafioso.

6. Con un secondo ordine di censure (pp. 13-16 del ricorso), poi, gli odierni appellanti concentrano la loro attenzione, e le loro critiche, sulle presunte irregolarità in ordine al servizio di refezione scolastica e alle gare espletate per aggiudicarlo.

6.1. Gli appellanti sostengono che l'unica gara bandata dalla disciolta amministrazione comunale è quella del periodo compreso tra il 2015 e il 2018, gara per la quale risulta vincitrice la società (…), alla quale non sarebbe stato contestato nulla nella relazione prefettizia, anche se questa mette in evidenza

che detta società si avvaleva della società (…), ritenuta poi, a seguito della operazione di polizia giudiziaria "(…)", contigua ad organizzazioni criminali perché riferibile al consigliere comunale (…).

6.2. Gli appellanti, tuttavia, rilevano sul punto che:

a) la gara è stata espletata tramite SUAP e (…) era in possesso delle certificazioni antimafia (v., in particolari, docc. 48, 49 e 135 fasc. ricorrente in prime cure);

b) per (…) era stato comunque richiesto il certificato antimafia, ma tale richiesta era rimasta inevasa, sicché tale mancata risposta non poteva vincolare l'esercizio provvisorio del servizio, trattandosi di refezione scolastica che, comunque, doveva essere garantita;

c) l'amministrazione comunale disciolta aveva comunque assicurato il servizio, con un notevole risparmio rispetto agli anni precedenti;

d) (…) era un'impresa che curava, sin dal 2011, il servizio mensa del Centro di accoglienza, che faceva capo alla Prefettura di Crotone, che ne autorizzava l'utilizzo, riscuotendo la fiducia di tutti gli organi di polizia e, soprattutto, della Prefettura.

6.3. Gli odierni appellanti sostengono, a tale riguardo, che la locazione delle cucine a (…) da parte di (…) costituiva un rapporto del tutto estraneo al Comune disciolto e, comunque, con un soggetto che godeva addirittura della fiducia della Prefettura.

6.4. Avrebbe perciò errato il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sede di Roma, nel non considerare, oltre tutti questi significativi elementi, che (…) era riconducibile non già a (…), già raggiunto da misura interdittive, bensì al consigliere (…) che, fino all'operazione "(…)", si doveva considerare immune da sospetto.

6.5. Il motivo è destituito di fondamento.

6.6. La relazione della Commissione, alle pp. 11-12, ha ben posto in rilievo come, stando alle risultanze dell'operazione "(…)", (…) ha costituito un caposaldo di attività illecite strumentali agli interessi delle consorterie 'ndranghetiste locali.

6.7. Come si è già visto (v., *supra*, § 5.3), (…), amministratore de (…) nonché, appunto, consigliere comunale di (…) dal 28 maggio 2013, viene definito, nell'ambito dell'operazione "(…)", come affiliato e mero partecipe con il compito di collaborare con i parenti (…) nella distrazione dei capitali serventi la gestione del catering per il Centro di accoglienza, apprestando all'uopo falsi documenti contabili e utilizzando, quali soggetti contabili emittenti, le imprese commerciali dallo stesso gestite e, ancora, rendendosi disponibile ad acquisire quote sociali di imprese appositamente costituite per veicolare il danaro, provento delle condotte illecite, di distrazione e ripulire lo stesso da destinare

e, in parte, incrementare la c.d. *bacinella* (il fondo) della cosca.

6.8. Soci e amministratori sono risultati, invece, (…), definiti affiliati e organizzatori della consorteria, ruolo eseguito per il tramite della gestione dei subappalti conferiti dalla (…) di (…) e relativi all'erogazione del servizio mensa del centro di accoglienza di (…), nel corso dei quali, per il tramite dei una serie di reati, distraevano appunti cospicui capitali verso la predetta *bacinella* della consorteria locale.

6.9. (…) sono stati deferiti all'autorità giudiziaria per il delitto di cui all'art. 416-*bis* c.p. e tratti in attesto e la società è stata destinataria di sequestro preventivo delle quote societarie e dell'intero patrimonio aziendale ai sensi degli artt. 321, comma 2, c.p.p. e 12-*sexies* della l. n. 356 del 1992.

7. Evidente è il diretto coinvolgimento dell'ente comunale, per il tramite del consigliere (…), nella illecita gestione del servizio di refezione del Centro per favorire i guadagni delle cosche mafiose e, a tal proposito, irrilevanti sono le circostanze addotte dagli appellanti, secondo cui (…) godeva della fiducia della stessa Prefettura, al cospetto del sapiente sistema congegnato dai (…), che consentiva di far sembrare formalmente ineccepibile l'aggiudicazione dell'appalto a (…), che poi si avvaleva di una società direttamente compromessa con gli interessi e le logiche mafiose per far maturare illeciti guadagni in favore di quest'ultima.

7.1. Il motivo, quindi, deve essere respinto perché, al di là di qualche inesattezza (come la diretta riconducibilità de (…) a (…)), la sentenza impugnata ha ben colto il valore altamente indiziario, incontestabile, dell'intera vicenda, che dimostra purtroppo l'irrimediabile compromissione e commistione dell'ente comunale con logiche e interessi di stampo mafioso.

8. Con un terzo ordine di censure (pp. 16-19 del ricorso), ancora, gli odierni appellanti criticano la sentenza impugnata per avere imputato alla disciolta amministrazione comunale, sulla base delle risultanze della Commissione d'accesso, un eccessivo utilizzo delle procedure di somma urgenza, di affidamento diretto e di mancanza di pareri e di autorizzazioni prescritte dalla legge, ma anche in questo caso, ad avviso degli appellanti, si tratterebbe di contestazione assolutamente generica e priva di concretezza e di univocità, non facendosi riferimento ad alcun episodio concreto né a procedure illegittime in effetti individuabili.

8.1. L'unica vicenda anomala menzionata dalla sentenza impugnata atterrebbe alla ditta (…), ma sul punto la motivazione della stessa sentenza sarebbe affetta da numerosi errori e contraddizioni, non considerando come tale impresa fosse iscritta alla c.d. *white list* come da provvedimento del 15 giugno 2018 della stessa Prefettura, sicché tutta la vicenda sarebbe costellata, ad avviso degli appellanti, da un susseguirsi di dati erronei, esposti nella relazione e

ripresi nella sentenza di primo grado, che avrebbe ignorato, peraltro, le peculiari condizioni di urgenza nelle quali si era dovuto procedere all'affidamento da parte del responsabile del procedimento, (…), confermato dalla stessa commissione prefettizia.

8.2. Anche questo motivo deve essere respinto.

8.3. La relazione della Commissione d'accesso si dilunga, sul punto (v., in particolare, pp. 29-32), circa il frequente ricorso a procedure di somma urgenza e ad affidamenti diretti, svoltisi senza tenere conto delle soglie previste dalle normative in materia – attualmente dall'art. – e, il più delle volte, riconducibili sempre agli stessi soggetti affidatari.

8.4. La stessa Commissione ha avuto modo di constatare l'assenza di completa progettazione e la mancanza di perizie di somma urgenza nei tempi, dal verbale di somma urgenza a quello di affidamento entro dieci giorni.

8.5. A titolo esemplificativo, e non certo esaustivo, la Commissione di accesso ha citato – circostanza, questa, incontestata dagli stessi appellanti – l'affidamento diretto, per somme non irrisorie, dei lavori a (…), destinataria di sequestro preventivo, e a (…), riconducibile direttamente allo stesso (…).

8.6. Quanto alla vicenda diretta dell'affidamento diretto a (…), gestita dai fratelli (…), la Commissione ha ben rilevato come nel quadriennio 2013-2016 e in parte del 2017 l'impresa abbia ottenuto dal Comune affidamenti diretti di lavori per un totale di € 1.344.257,70, importo di ingente valore, come risulta dalle analitiche tabelle che si leggono nella relazione (pp. 29-31).

8.6. Si tratta di un dato davvero significativo e non giustificato nemmeno dagli odierni appellanti, che si trincerano dietro la formale immacolatezza dell'impresa ai fini antimafia, trascurando il dato che (…) è cognato di (…), ex pregiudicato per delitti aggravati ai sensi dell'art. 7 della l. n. 203 del 1991 e, soprattutto, gli elementi di contiguità dell'impresa, valorizzati dalla relazione, elementi dai quali sembra emergere una contiguità di tipo sicuramente soggiacente rispetto ad interessi e direttive delle locali consorterie mafiose.

8.7. Né è possibile sminuire tale dato, come vorrebbero gli odierni appellanti, sostenendo che le due intercettazioni ambientali sarebbero equivoche poiché, al contrario, da esse emerge con sufficiente chiarezza una sorta di "protezione" della società da parte dei vertici della cosca (…) (e, in particolare, da parte di (…)).

8.8. Le argomentazioni degli appellanti in ordine ai lavori di somma urgenza relativi al lungomare di Capo Rizzuto appaiono, pertanto, in questo quadro del tutto marginali e inidonee a giustificare i plurimi, reiterati, cospicui, ingiustificati affidamenti diretti, negli anni dal 2013 al 2017, nei confronti dell'impresa gestita dai fratelli (…), che godrebbe della protezione influente della cosca (…).

8.9. La sentenza impugnata anche in questo caso, anche al di là di eventuali inesattezze inerenti alla specifica vicenda che avrebbe visto notevolmente lievitare il prezzo dell'iniziale commessa, si sottrae a censura.

9. Con un quarto ordine di censure (pp. 19-21 del ricorso), inerenti alla repressione dell'abusivismo edilizio, gli odierni appellanti deducono che la repressione dell'abusivismo edilizio, fenomeno atavico nel territorio comunale e in tutta la Regione Calabria, ove solo il 6% delle ordinanze di demolizione sarebbero eseguite, ha avuto effettiva attuazione, fin dal 2012, allorquando l'ente comunale ha iniziato i controlli sui fabbricati non censiti e dal 2017 si è incrementata la lotta all'evasione, per effetto di un progetto di mappatura dettagliata dell'intero comunale (all. 102 fasc. parte ricorrente in prime cure).

9.1. Gli appellanti decisamente contestano, poi, l'affermazione, che si legge nella relazione prefettizia, secondo cui il Comune non avrebbe dato seguito all'Accordo di programma stipulato con la Procura della Repubblica di Crotone, stipulato dalla disciolta amministrazione comunale, in quanto l'ente avrebbe sempre prestato la massima collaborazione, come è dato evincere dalle comunicazioni allegate del 26 maggio 2016 e del 19 dicembre 2016, con le quali ha messo a conoscenza sia la Prefettura che la Procura della Repubblica che era stata effettuata, sia pure con carenza di organico e altre difficoltà, una prima ricognizione degli immobili abusivi realizzati.

9.2. La sentenza di primo grado avrebbe affrontato la questione con molta superficialità, a giudizio degli appellanti, affermando che la mancata esecuzione degli ordini di demolizione sarebbe spiegabile solo con il fatto che i responsabili dell'ufficio tecnico fossero contigui alla criminalità o da questa condizionati, e non avrebbe considerato che la stessa Commissione straordinaria, insediatasi dopo il provvedimento dissolutorio in questo giudizio impugnato, ha nominato responsabile dei lavori pubblici l'ing. (…) e, cioè, la stessa figura che aveva diretto il settore tecnico durante l'amministrazione disciolta.

9.3. Inoltre, come risulta dai docc. 127 e 128 allegati in primo grado, la Commissione avrebbe confermato anche il dott. (…), quale responsabile dei lavori pubblici e dell'urbanistica, settori oggetto di ampie censura da parte della stessa Commissione.

9.4. Il motivo è destituito di fondamento.

9.5. Basta leggere con attenzione la relazione della Commissione d'accesso, sul punto (v. pp. 14-15), per avvedersi che molte opere abusive, circa mille, sono realizzate su terreni pubblici, a cominciare da quelli comunali, ma i manufatti abusivi demoliti sarebbero solo quattro, senza che sia stato possibile rinvenire gli atti relativi a dette pratiche, se non per un solo caso, con conseguente impossibilità, dunque, di ricostruire la documentazione relativa alle ordinanze di demolizione.

9.6. Gravissima appare la situazione di disordine nella gestione delle relative pratiche, di mancata applicazione degli strumenti offerti dagli archivi informatici, delle sanzioni previste dal d.P.R. n. 380 del 2001 in materia, e in tale situazione di illegalità, che ha favorito il dilagare dell'abusivismo edilizio senza alcuna effettiva azione di contrasto da parte del Comune, al di là dell'effimera e inefficace stipula del *Progetto di legalità* alla quale non ha fatto seguito alcuna azione di effettiva repressione dell'abusivismo e di abbattimento degli immobili illegali, tutti i più importanti esponenti delle locali cosche mafiose, a cominciare dal clan (…), hanno potuto realizzare anche imponenti costruzioni, alcune delle quali addirittura su terreni pubblici, in assenza di qualsivoglia reazione da parte dell'ente comunale, al punto che, come si legge nella relazione (p. 14), «*le relative pratiche sono ferme e le ordinanze non sono state eseguite*».

9.7. Del tutto velleitaria si rileva, allora, la stipula di tale *Progetto*, che suona quasi paradossale a fronte di una situazione di dilagante illegalità e di consapevole, ormai incancrenito, omesso controllo del territorio, e del tutto sterili sono i rilievi degli appellanti in ordine alle figure dell'ing. (…) e del dott. (…), sui quali non può essere certo riversata la colpa di una totale assenza di impulso degli organi politici nella effettiva repressione dell'abusivismo edilizio.

9.8. Di qui la reiezione anche delle censure in esame.

10. Con un quinto ordine di censure (pp. 21-24 del ricorso), che possono essere trattate anche esse in modo unitario perché afferiscono alla situazione finanziaria e contabile, ai debiti tributari e al presunto disordine amministrativo e alla gestione degli immobili confiscati, gli odierni appellanti censurano una evidente carenza e genericità degli addebiti mentre andrebbe invece evidenziata la straordinaria attività dell'amministrazione volta a recuperare una grave situazione debitoria, ereditata dalle precedenti gestioni, senza che risultino censure da parte della Corte dei Conti.

10.1. La sentenza impugnata perverrebbe a considerazioni illogiche, nell'affermare che la disciolta amministrazione si sarebbe attivata per abbattere il debito soltanto nel 2015, senza considerare che essa è stata eletta solo a metà del 2013, e comunque non avrebbe considerato che né il debito tributario del Centro di accoglienza o quello di alcune famiglie malavitose potrebbero essere sicuri indici di infiltrazione malavitosa, essendo la situazione debitoria generalizzata per tutta la cittadinanza.

10.2. Il primo giudice avrebbe poi ignorato, altresì, i migliaia di avvisi accertamenti ICI per gli anni 2008, 2009, 2010 e 2011 e l'approvazione della riscossione coattiva degli accertamenti ICI per gli anni 2007 e 2009.

10.3. Quanto alle contestazioni inerenti agli immobili confiscati, poi, anche per tale aspetto gli appellanti contestano la genericità degli addebiti, salvo

quello inerente a (…), che occuperebbe però un immobile oggetto di confisca e, in quanto tale, non riferentesi all'amministrazione comunale, ma semmai alla gestione dell'Agenzia dei beni confiscati alla mafia.

10.4. Anche queste censure vanno disattese.

10.5. L'osservazione della Commissione, secondo cui l'amministrazione comunale sarebbe stata prodiga nella spesa e malaccorta nell'entrata, trova la propria ragion d'essere, condivisibile, nell'attività, definita pilatesca, dell'organo di revisione, e nella constatazione documentata della mancata riscossione soprattutto in materia di TARSU, TARI ed IMU, tipica degli enti locali ad alta densità di malgoverno, mancata riscossione che ha favorito, tra gli altri, anche la criminalità organizzata isolitana, «*non abitata a pagare gli oneri comunali, indipendentemente dall'entità*» (p. 19 della relazione).

10.6. A fronte di tali dati, obiettivamente riscontrati e non specificamente contestati nemmeno dagli odierni appellanti, appare irrilevante il marginale impegno profuso nella riscossione dell'ICI.

10.7. Quanto, poi, alla gestione dei beni confiscati alla criminalità organizzata, l'elenco di tali beni è apparso incompleto ed è risultato che l'amministrazione abbia avuto scarsa attenzione nella titolarità e nel loro possesso, tanto che gli (…) hanno continuato indisturbati ad utilizzarli e a (…) ne sono stati assegnati quattro.

10.8. Già questo basterebbe a dimostrare, a livello indiziario, l'assenza di qualsivoglia serio impegno dell'ente nel valorizzare detti beni, molti dei quali sono rimasti nella disponibilità dei soggetti mafiosi, con un atteggiamento che appare connivente, se non compiacente, come è emerso proprio nel caso di (…), rientrato, dopo la scarcerazione, nel possesso di un fabbricato, sito nella frazione di (…), trasferito in origine al patrimonio indisponibile del Comune per essere destinato a Centro Direzionale per la Riserva Marina di Capo Rizzuto, come da decreto dell'Agenzia del Demanio n. 6676 del 29 marzo 2002.

11. Con un sesto ordine di censure (pp. 24-26 del ricorso), afferenti alla questione delle cappelle votive, gli odierni appellanti contestano che esse siano sintomatiche dell'infiltrazione mafiosa all'interno dell'ente comunale, perché esse furono realizzate per espresso volere dell'intera comunità religiosa a cura della parrocchia di Isola di Capo Rizzuto e le opere realizzate avrebbe chiaro ed evidente messaggio di natura devozionale e/o spirituale.

11.1. Sul punto la sentenza impugnata avrebbe addebitato all'ente il fatto che esse sarebbero state finanziate da esponenti legati a cosche locali e sarebbero state edificate senza titolo edilizio, ma omette di chiarire in base a quale disposizione di legge sarebbe stato necessario un titolo edilizio e non una semplice segnalazione certificata di inizio attività, a fronte di spazi ridotti e di opere di modeste dimensioni, interamente gestite da fedeli e parrocchiani per

finalità religiose.

11.2. Anche queste censure non possono trovare accoglimento.

11.3. La relazione della Commissione di accesso, alle pp. 19-21, evidenzia come la dimensione religiosa sia una sfera nella quale la *'ndrangheta* afferma la propria volontà di potenza e, insieme, la propria legittimazione sul territorio e, nel caso di Isola di Capo Rizzuto, simile dimensione religiosa ha trovato terreno fertile ed eclatante manifestazione nel c.d. sistema della (…), attraverso la proposta di affari che il clan (…) ha ricevuto da don (…), parroco della chiesa (…) di (…) e fondatore dell'associazione di volontariato (…).

11.4. I componenti della criminalità ordinaria e organizzata sono a tutti gli effetti nella stabile associazione che ha gestito il sistema (…) anche nella vita cittadina e, in occasione delle processioni organizzate per le importanti feste di *Maria, icona della Misericordia*, nel mese di maggio, e della *Icona della Madonna Greca*, nel mese di agosto, con grande concorso di fedeli, lo stesso boss (…) è stato visto accompagnarsi, tra gli altri, a don (…),(…), figlioccio adottivo di don Scordio, e il sindaco (…), circostanza, questa, di ulteriore rilievo indiziario circa la vicinanza del sindaco stesso ad ambienti mafiosi.

11.5. La vicenda isolitana peculiare delle relazioni religiose, lungo l'asse 'ndrangheta – (…) – amministrazione comunale, è proprio quella, qui in esame, delle venti cappelle votive *La via del Rosario*, ubicate lungo la strada che da (…) conduce al cimitero comunale e a (…), davanti al santuario della Madonna Greca.

11.6. Le cappelle sono state realizzate su diciassette appezzamenti di terreno donati dai proprietari alla Parrocchia, mentre le prime tre sono state costruite su terreno comunale concesso per novantanove anni alla parrocchia e buona parte delle persone coinvolte, donatori e sostenitori dell'iniziativa, attiene al sistema mafioso imperniato attorno a don (…), che ha anche in questa occasione, prima del suo arresto, dimostrato a più riprese la sua fattiva influenza sul processo decisionale dell'amministrazione comunale.

11.7. Le opere sono abusive e, selezionandone solo alcune a campione, la Commissione ha rilevato che esse sono state ricordate con targa ricordo, simbolo di mafia, con finalità ben lontane da quelle apparentemente spirituali che la loro edificazione vorrebbe avere in un contesto, come quello descritto, nel quale la devozione religiosa, fatta di formalistici rituali e opere devozionali, costituisce componente essenziale dell'egemonia sul territorio, secondo l'antico principio *religio instrumentum regni*.

11.8. Invano gli appellanti tentano di dimostrare che le opere, diversamente da quanto assume la sentenza appellata, non avrebbero bisogno di alcun titolo edilizio, essendo sufficiente la mera segnalazione certificata di inizio attività, perché, se anche così fosse, è inoppugnabile che nessuna istruttoria

sia svolta su di esse da parte dei competenti uffici comunali, in violazione della bozza dell'art. 2 dello stesso Accordo di programma con la Parrocchia (…) o *ad Nives* dei Padri rosminiani, e l'amministrazione comunale, pure in mancanza dell'Accordo e in presenza di rilevanti mutamenti volumetrici delle cappelle, ha fatto maturare il silenzio-assenzo sulla segnalazione senza esercitare alcun tipo di intervento di controllo, nonostante la mancanza, ad esempio, delle necessarie autorizzazioni (come quelle inerenti al vincolo paesaggistico-ambientale).

11.9. Segno, anche questo, ove ve ne fosse bisogno, di una connivenza dell'amministrazione comunale rispetto al sistema (…), ingegnosamente orchestrato da don (…), per favorire un culto votivo che, al di là dell'apparente significazione religiosa, è solo un modo per legittimare, *coram populo*, il potere della mafia sul territorio ed esibirlo sfacciatamente alla luce del sole, in una indebita commistione tra sacro e profano che nulla a che vedere con l'autentica dimensione della spiritualità.

12. L'insieme degli elementi sin qui analizzati pienamente giustificherebbe, ai sensi dell'art. 143 del T.U.E.L., la legittimità del provvedimento dissolutorio qui contestato, a fronte di una conclamata infiltrazione mafiosa dell'ente comunale, che non risparmia nemmeno, la dimensione del sacro, con una modalità non inconsueta ma anzi per definizione tipica, come detto, della *'ndrangheta*.

12.1. Occorre tuttavia analizzare l'ultima censura, afferente al primo motivo (pp. 26-27 del ricorso), con cui gli odierni appellanti lamentano che la sentenza impugnata non avrebbe spiegato per qual motivo l'adozione di provvedimenti meno incisivi per rimuovere gli effetti più gravi del presunto condizionamento, rispetto a quello estremo, di tipo dissolutorio, non avrebbe potuto scongiurare la situazione di pregiudizio per l'ente comunale.

12.2. Ebbene, alla luce di quanto sin qui si è detto, pare al Collegio evidente che nessuna misura gradata, prevista dall'art. 143 del T.U.E.L., avrebbe potuto bloccare la situazione di infiltrazione mafiosa in atto nell'ente comunale, ormai irrimediabilmente compromesso dal legale con la *"ndrangheta*, né gli odierni appellanti hanno saputo indicare, nella censura in esame, quali misure meno incisive ed effettivamente utili avrebbero potuto arginare l'ormai dilagante cancro dell'infiltrazione mafiosa da parte di cosche, egemoni sul territorio, in tutti i gangli dell'amministrazione comunale, persino nel minimo controllo sulla costruzione di cappelle votive apparentemente destinate alla sola devozione religiosa.

12.3. Di qui la reiezione della censura in esame.

13. Non resta al Collegio che esaminare sinteticamente, come si è accennato (v., *supra*, §§ 4-4.1.), le ulteriori censure, dedotte in primo grado anche

con i motivi aggiunti, non delibate dal primo giudice e qui riproposte con il secondo motivo di appello, che ne riproduce e richiama sostanzialmente tre, qui di seguito compendiate:

a) la questione del randagismo canino (pp. 27-28 del ricorso), in quanto la Commissione d'accesso avrebbe assunto, erroneamente, che il servizio era stato affidato in via diretta, da 20 anni in regime di monopolio, alla stessa impresa, e cioè (…), senza considerare, però, che la gestione del servizio risale al 2005, quando il Comune era gestito dalla Commissione prefettizia, da parte di una società, (…), peraltro in possesso della certificazione antimafia;

b) la gestione del Parco eolico da parte di (…) (pp. 27-32 del ricorso), riconducibile a (…), dipendente comunale dagli anni '80 del secolo scorso ed esponente di spicco della omonima cosca, in quanto anche in questo caso la Commissione d'accesso non avrebbe considerato che la gestione del Parco è stata deliberata durante la precedente gestione prefettizia del Comune e che (…) non ha mai ottenuto trattamenti di favore da parte della disciolta amministrazione comunale, che ha anzi proceduto al recupero delle annualità dovute per la gestione del Parco sollecitamente e non solo con la delibera n. 93 del luglio 2017;

c) l'affidamento del servizio di pulizia degli uffici comunali a (…) (pp. 32-33 del ricorso), in quanto non corrisponderebbe al vero, diversamente da quanto ha ritenuto la Commissione di accesso, che l'affidamento del servizio sia stato frutto di una distorsione del processo volitivo, da parte dell'amministrazione comunale, né vi sarebbe prova di irregolarità nelle gare svolte, che hanno condotto ad una aggiudicazione del servizio con notevole di risparmio di spesa in favore di impresa ritenuta meritevole di fiducia da parte della stessa Prefettura, per avere svolto il servizio anche nel Centro di accoglienza.

14. Anche questo motivo deve essere respinto perché, in riferimento ai singoli aspetti sopra dedotti e riassunti, si può rispettivamente e riassuntivamente osservare in senso contrario quanto segue:

a) la sostanziale assenza di centralità della vicenda inerente al servizio di custodia e mantenimento dei cani randagi, se non per la circostanza, inoppugnabile, che il servizio è stato gestito per anni, illegittimamente, in affidamento diretto in favore di soggetti giuridici (…), tutti riconducibili in varia veste a misura a (…) e (…) e alla loro famiglia, che hanno avuto per dipendenti soggetti dal notevole spessore criminale come (…), esponente di vertice della cosca (…), e (…), elemento di spicco della medesima cosca;

b) la vicenda del parco eolico, diversamente da quanto assumono gli appellanti, è l'ennesima riprova della grave infiltrazione mafiosa nel Comune, in quanto è emerso dai numerosi atti di indagine, che nel tempo hanno interessato il parco, che il parco è gestito da (…), società riconducibile alla cosca

(…) per il tramite di (…), dipendente comunale fin dal 1980, come si è visto, e uomo-cerniera nei rapporti tra cosche locali e amministrazione comunale, e non ha trovato comunque adeguata smentita nelle censure degli appellanti il puntuale rilievo della Commissione d'accesso (v., in particolare, pp. 24-25 della relazione), in ordine all'errato calcolo del canone da recuperare da parte del Comune, che l'amministrazione comunale ha deciso di correggere solo dopo gli accertamenti avviati dalla Commissione, sicché non infondata né arbitraria appare la deduzione della Commissione, secondo cui la lentezza e l'imprecisione del Comune nel richiedere i canoni arretrati siano sostanziali indizi di una compiacenza dell'ente comunale nei confronti della (…), gestita dal clan (…), come pure la mancata previsione della clausola risolutiva espressa per morosità;

c) l'affidamento del servizio di pulizia degli uffici comunali a (…), gestita da (…) ma riconducibile alla cosca (…), al di là della regolarità, almeno apparente, della procedura di gara, costituisce ulteriore riprova dell'infiltrazione mafiosa dell'ente, per l'esistenza di strettissimi rapporti illeciti tra (…),(…) e la cosca (…), emersa nel corso dell'operazione "(…)".

14.1. Di qui, per i motivi in sintesi esposti, la reiezione anche del motivo in esame.

15. Non possono che essere disattese, in conclusione, le censure degli appellanti (pp. 33-34 del ricorso), con le quali essi affermano che mancherebbe obiettivamente una circostanza, un mero fatto, che a loro dire riveli un agire illegittimo della pubblica amministrazione che possa avere un significato univoco e oggettivo di possibile collusione degli organi politici con la criminalità organizzata, come ad esempio per il settore dei contratti pubblici, notoriamente sensibile agli interessi della criminalità, dove mancherebbe la contestazione di uno specifico episodio, sicché la sentenza impugnata si caratterizzerebbe per la genericità, l'indeterminatezza, l'omesso esame di circostanze determinanti, il travisamento dei fatti e l'erroneità di valutazione nell'applicare la disciplina dell'art. 143 del T.U.E.L.

15.1. Ben al contrario, invece, è emerso dalla disamina dei motivi sopra effettuata e dal complesso del quadro indiziario delineato dalla Commissione d'accesso e, sulla sua scorta, dalla relazione prefettizia il dato nitido secondo cui, come ha rilevato la stessa Commissione d'accesso nella conclusione dei propri accertamenti (pp. 33-35 della relazione), ad (…) è stata tessuta una tela di potere e di complicità, di cui la *'ndrangheta* è motore e componente essenziale.

15.2. Correttamente ha pertanto rilevato la sentenza impugnata – v., in particolare, § 19.2. – che tutti gli elementi da essa esaminati – tra gli altri, e a solo titolo esemplificativo tra i numerosi sopra ricordati, la mancanza di

programmazione triennale delle opere pubbliche, il mancato licenziamento o, comunque, l'effettivo isolamento di (…), di cui era nota l'affiliazione alla più potente cosca locale, la vicenda delle cappelle votive, l'abusivismo edilizio – denotano una compromissione dell'intera vita politica locale e della macchina amministrativa locale, pesantemente influenzata dall'ingerenza della mafia per i plurimi rapporti, di parentela, di collaborazione e/o di cointeressenza, tra esponenti politici e amministratori locali e la '*ndrangheta*.

16. Questo Consiglio di Stato, anche nella sua più recente giurisprudenza (v., *ex plurimis*, Cons. St., sez. III, 17 giugno 2019, n. 4026), ha osservato che il condizionamento può rilevare come *fattore funzionale*, allorquando, cioè, le cosche incidono sulla gestione amministrativa dell'ente, ricevendone sicuri vantaggi, come si è visto nel caso di specie, e solo una valutazione complessiva, contestualizzata anche sul piano territoriale, può condurre ad un appropriato esame della delibera di scioglimento, quale tutela avanzata approntata dall'ordinamento giuridico, in virtù di una valutazione degli elementi, posti a base della delibera, che costituisca bilanciata sintesi e mai mera sommatoria dei singoli elementi stessi.

16.1. Non vi è dubbio che, nel caso di specie, questa valutazione deponga nel senso, ben colto dalla sentenza impugnata, di una radicata influenza della '*ndrangheta*, ancora una volta e a distanza di non molti anni dal precedente scioglimento del consiglio comunale, sulla vita politica e amministrativa dell'ente, irrimediabilmente compromessa da logiche compromissorie con la malavita locale, che permeano tutti i settori, nessuno escluso, della vita pubblica cittadina.

17. La valutazione del giudice amministrativo, di fronte a questa misura straordinaria di prevenzione, si deve fondare sulla regola del "*più probabile che non*", la quale ha una portata generale, come questa Sezione ha già rilevato (v., *ex plurimis*, Cons. St., sez. III, 4 febbraio 2019, n. 866), per l'intero diritto della prevenzione, compresa, dunque, anche la fattispecie, qui in esame, dell'art. 143 del T.U.E.L. che, per costante giurisprudenza di questo Consiglio, ha finalità preventiva e non punitiva.

17.1. L'eccezionalità della misura dissolutoria quale *extrema ratio* del nostro ordinamento democratico contro la minaccia mafiosa, confermata a livello sistematico dalla recente introduzione dell'art. 7-*bis* dell'art. 143 del T.U.E.L. ad opera del d.l. n. 113 del 2018, conv. con mod. in l. n. 132 del 2018, è nel caso di specie pienamente giustificata dalla grave, integrale, non altrimenti rimediabile, compromissione degli organi di governo dell'ente con le cosche mafiose in misura tale da determinare l'alterazione del procedimento di formazione della volontà degli organi elettivi ed amministrativi e da compromettere il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione comunale

nonché il regolare funzionamento dei servizi ad essa affidati.

18. Per le ragioni esposte, conclusivamente, l'appello deve essere respinto, con la piena conferma della sentenza qui impugnata, che ha respinto il ricorso e i motivi aggiunti, proposti in primo grado, con una motivazione che va esente da qualsivoglia censura, per l'accertata legittimità, ai sensi dell'art. 143 del T.U.E.L., dello scioglimento del consiglio comunale di (…) per la pesante, altrimenti inemendabile, ingerenza mafiosa.

(…)

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, (…), lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata.

(…)

La costruzione di cappelle votive finanziate da organizzazioni criminali e la partecipazione dei malavitosi ai riti religiosi quali possibili presupposti applicativi dell'art. 143, primo comma T.U.E.L.

Fabio Balsamo

Sommario: *1. Il caso dello scioglimento per infiltrazione mafiosa del Consiglio comunale di Isola di Capo Rizzuto – 2. L'ampia discrezionalità dell'Amministrazione nella individuazione degli elementi indiziari. La conseguente possibilità di valutare i legami tra organizzazioni criminali e Chiesa locale ai fini dell'applicazione dell'art. 143 T.U.E.L – 3. La costruzione di cappelle votive e l'indisturbata partecipazione degli affiliati ai riti quale prova del grado di compromissione del normale funzionamento dell'Ente comunale – 4. Riflessioni conclusive.*

1. Il caso dello scioglimento per infiltrazione mafiosa del Consiglio comunale di Isola di Capo Rizzuto

Anche sulla scorta degli elementi indiziari raccolti all'esito di una vasta indagine condotta dalla DDA di Catanzaro, con decreto presidenziale del 24 novembre 2017 è stato disposto lo scioglimento del Consiglio Comunale di Isola di Capo Rizzuto per infiltrazione mafiosa, con la contestuale nomina di una Commissione Straordinaria. Nel caso di specie, l'applicazione dell'art. 143, primo comma T.U.E.L. si è fondata sull'accertamento di una serie di persistenti disfunzioni di natura amministrativa in materia edilizia, di natura tributaria e nella gestione degli appalti, tali da postulare l'esistenza di un evidente condizionamento, da parte delle cosche, sugli organi politici comunali. In particolare, alla base dell'emanazione del provvedimento veniva posta la mancata adozione delle necessarie ordinanze di demolizione dei numerosi immobili realizzati abusivamente sul territorio comunale da soggetti legati ai clan *'ndranghetisti*, nonché l'omesso recupero delle imposte ICI/IMU evase. Ancora, si riscontravano costanti irregolarità nell'affidamento dei servizi pubblici di refezione scolastica, di pulizia degli uffici comunali, di gestione del parco eolico, servizi assegnati a ditte ritenute collegate alle cosche[1], spesso a

[1] Sul tema delle infiltrazioni mafiose nel sistema degli appalti pubblici si rinvia ai contributi

condizioni di particolare favore[2]. Non meno documentate ed evidenti erano le frequentazioni personali di alcuni Consiglieri – uno dei quali poi risultato affiliato ad una *'ndrina* – e dei dipendenti comunali, oltre che del Sindaco, con personaggi ritenuti legati alla criminalità organizzata locale.

Benchè la gravità e la concordanza dei segnalati elementi indiziari fosse di per sé già sufficiente a giustificare il provvedimento preventivo adottato, la Commissione di nomina prefettizia, nell'ambito dell'attività istruttoria, ha valorizzato tre ulteriori elementi dai quali ha ritenuto di poter desumere, con assoluta certezza, l'elevato grado di compromissione della legalità e del democratico funzionamento dell'Ente.

Ci si riferisce, in primo luogo, alla circostanza che, allo scopo di rinsaldare i rapporti con alcuni esponenti delle cosche, alcuni dei soggetti coinvolti nell'indagine denominata "*Operazione J.*" avessero accettato di comparire come testimoni nelle nozze religiose di soggetti affiliati a clan, come già denunciato dal clero calabrese, con particolare riguardo all'ufficio di "madrina" o "padrino", nell'ambito di quella azione di contrasto alla strumentalizzazione dei riti e dei Sacramenti da parte delle cosche mafiose[3]. Pertanto, l'adozione

---

di Amelia Bongarzone, *L'informativa antimafia nelle dinamiche negoziali tra privati e pubbliche amministrazioni*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018, nonché Giuseppe Amarelli, Saverio Sticchi Damiani (a cura di), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici,* Giappichelli, Torino, 2019.

[2] Nella sentenza del Tar Lazio, sez. I, n. 1433/2019 si fa riferimento alla mancata attivazione, da parte del Comune, di una procedura di risoluzione della Convenzione di gestione di un parco eolico nonostante il notevole ritardo nel pagamento dei canoni arretrati da parte della ditta incaricata della relativa gestione.

[3] Come noto, nell'ambito della cultura e delle logiche mafiose, la designazione di un affiliato come "padrino" o "madrina" costituisce un fenomeno diffuso, rappresentando uno strumento per consolidare l'unione tra le "famiglie" (clan). Per contrastare tali strumentalizzazioni nel 2014 l'Arcivescovo di Reggio Calabria, propose, in via sperimentale per la Diocesi reggina, di abolire per dieci anni la figura dei padrini per i Sacramenti del Battesimo e della Confermazione. Cfr. Raffaele Ilaria, *Morosini: discuteremo sospensione dei padrini,* in *Avvenire,*1° luglio 2014.

Sul tema si segnala il recente *Decreto circa i padrini e madrine nel Sacramento della Confermazione,* emanato dall'Arcivescovo di Spoleto-Norcia lo scorso 12 gennaio 2020, con cui è stata disposta la sospensione *ad experimentum* per tre anni del ruolo di padrino/madrina per il Sacramento della Confermazione. Nel Decreto diocesano è stato previsto che: «*cresimandi saranno presentati al Vescovo dal parroco e da uno dei catechisti, espressione della comunità che accompagna le giovani generazioni ad approfondire e vivere la loro adesione a Cristo nella Chiesa*». Alla base dell'emanazione del Decreto vi è la necessità di contrastare il ricorso alla figura di padrino o madrina per ragioni estranee alle finalità che l'istituto intenderebbe realizzare nel Sacramento della Confermazione: «*Il Codice di Diritto Canonico non impone la figura del padrino/madrina, ma la prevede «per quanto possibile»* (can. 872) *e specifica che le persone scelte devono condurre «una vita conforme alla fede e all'incarico che si assume» ed essere esenti da impedimenti canonici stabiliti dal diritto* (cf can. 874). *E la Nota pastorale CEI "L'iniziazione cristiana/3", dell'8 giugno 2003, chiede che la scelta del padrino e della madrina avvenga «curando che sia persona matura nella fede, rappresentativa della comunità, approvata dal parroco, capace di accompagnare il candidato*

di simile condotte, rispondendo a prassi consolidate degli ambienti malavitosi, avrebbe ulteriormente confermato la matrice mafiosa di tali legami.

Rilievo ancor più preminente, ai fini dell'applicabilità dell'art. 143 T.U.E.L., hanno assunto gli ulteriori due argomenti addotti dalla Commissione, che, invero, ad una prima analisi, sembrerebbero estranei all'azione politica e amministrativa del Consiglio Comunale. Si tratta, in particolare, della verificata partecipazione di persone legate ai *clan*, oltre che alla celebrazione dei riti religiosi, anche alla costruzione di alcune cappelle votive all'interno del territorio comunale. Queste ultime, infatti, sarebbero state realizzate anche con l'apporto economico delle cosche semplicemente sulla base di un "accordo di programma" deliberato dal Consiglio Comunale – e dunque in assenza degli altri titoli abilitativi prescritti dalle normative di legge – ma su richiesta del Parroco, peraltro successivamente arrestato nell'ambito dell'indagine denominata "*Operazione J*."

Per le segnalate ragioni, la sentenza del 18 luglio 2019, n. 5077 della III sezione del Consiglio di Stato – nel confermare integralmente l'impugnata sentenza n. 1433/2019 della sez. I del Tar Lazio[4] – riveste un indubbio interesse ecclesiasticistico, dal momento che anche le infiltrazioni malavitose all'interno della comunità parrocchiale hanno costituito un presupposto, non affatto secondario, dell'emanazione del decreto presidenziale di scioglimento dell'Ente *ex* art. 143 T.U.E.L.[5].

---

nel cammino verso i sacramenti e di seguirlo nel resto della vita con il sostegno e l'esempio».

Nell'attuale mutato contesto socio-ecclesiale, la presenza dei padrini/madrine risulta spesso una sorta di adempimento formale o di consuetudine sociale, in cui rimane ben poco visibile la dimensione della. Scelti abitualmente con criteri e finalità diverse da quelle che intende la Chiesa (relazioni di parentela, di amicizia, di interesse, ecc.), risulta che essi non hanno piena consapevolezza ed effettiva idoneità a svolgere un ruolo efficace e credibile nel trasmettere la fede con la testimonianza della vita. Inoltre, la situazione familiare complessa o irregolare di tante persone proposte per assolvere questo compito rende la questione ancora più delicata.

In diverse occasioni i parroci hanno segnalato in proposito difficoltà e disagi ed ha preso forma la proposta di affidare agli stessi catechisti il ruolo di padrini/madrine o anche di abolirne o sospenderne la presenza e il ruolo». Il testo integrale del *Decreto circa i padrini e madrine nel Sacramento della Confermazione* per l'Arcidiocesi di Spoleto-Norcia è consultabile al *link*: *https://www.spoletonorcia.it/55-notizie/brevi/1757-decreto-circa-i-padrini-e-madrine-nel-sacramento-della-confermazione.html*

[4] Avverso la sentenza n. 1433/2019 della sez. I del Tar Lazio gli *ex* Consiglieri del Comune di Isola di Capo Rizzuto hanno successivamente proposto appello innanzi al Consiglio di Stato. Con la sentenza del 18 luglio 2019, n. 5077, la sez. III del Consiglio di Stato ha rigettato l'appello e ha confermato in ogni punto l'impugnata pronuncia di primo grado, condannando altresì gli appellanti al pagamento delle spese di giudizio.

[5] Significativo è il seguente passo della sentenza del Consiglio di Stato n. 5077/2019, che qui si riporta: «*Invano gli appellanti cercano di dimostrare che le opere, diversamente da quanto assume la sentenza appellata, non avrebbero bisogno di alcun titolo edilizio, essendo sufficiente la mera segnalazione certificata di inizio attività, perché, se anche così fosse, è inoppugnabile che nessuna istruttoria sia svolta su di esse da parte dei competenti Uffici comunali, in violazione della bozza dell'art. 2 dello stesso Accordo di Programma con la Parrocchia […] e l'amministrazione comunale,*

2. L'ampia discrezionalità dell'Amministrazione nella individuazione degli elementi indiziari. La conseguente possibilità di valutare i legami tra organizzazioni criminali e Chiesa locale ai fini dell'applicazione dell'art. 143 T.U.E.L

L'art. 143 T.U.E.L., come da ultimo modificato dal D.L. 4 ottobre 2018, n. 113, prevede, al primo comma, lo scioglimento dei Consigli comunali quando risulti compromesso il loro normale e democratico funzionamento a causa di collegamenti con cosche malavitose o di condizionamenti «tali da determinare un'alterazione del procedimento di formazione della volontà degli organi elettivi ed amministrativi e da compromettere il buon andamento o l'imparzialità delle amministrazioni comunali e provinciali, nonché il regolare funzionamento dei servizi ad esse affidati, ovvero che risultino tali da arrecare grave e perdurante pregiudizio per lo stato della sicurezza pubblica»[6].

Nella valutazione dei presupposti applicativi dell'art. 143 T.U.E.L. la Prefettura e il Ministero dell'Interno godono di ampi poteri discrezionali[7], in quanto il provvedimento di scioglimento *de quo* costituisce una «misura di carattere straordinario per fronteggiare un'emergenza straordinaria», che può ben fondarsi, differentemente da indagini di tipo penale, su «situazioni che non rivelino né lascino presumere l'intenzione degli amministratori di assecondare gli interessi della criminalità organizzata»[8]. Ne consegue che gli

---

pure in mancanza dell'Accordo e in presenza di rilevanti mutamenti volumetrici delle cappelle, ha fatto maturare il silenzio-assenso sulla segnalazione senza esercitare alcun tipo di intervento di controllo, nonostante la mancanza, ad esempio, delle successive autorizzazioni (come quelle inerenti al vincolo paesaggistico-ambientale).

Segno, anche questo, ove ve ne fosse bisogno, di una connivenza dell'amministrazione comunale rispetto al sistema M., ingegnosamente orchestrato da don S., per favorire un culto votivo che, al di là dell'apparente significazione religiosa, è solo un modo per legittimare, coram populo, il potere della mafia sul territorio ed esibirlo sfacciatamente alla luce del sole, in una indebita commistione tra sacro e profano […]».

[6] Per un approfondimento sull'evoluzione legislativa dello scioglimento dei Consigli Comunali per mafia si rinvia a Manuela Calautti, Antonia Fabiola Chirico, Teresa Parisi, *Scioglimento degli enti locali per mafia. Excursus storico, presupposti e rimedi*, Città del Sole Edizioni, Perugia, 2019. Per una approfondita disamina della relativa legislazione antimafia si rinvia a Catello Maresca, *Manuale di legislazione antimafia. Diritto sostanziale e processuale*, Rogiosi, Napoli, 2019.

[7] Sul tema si rinvia ad Andrea Crismani, *L'influenza della criminalità organizzata sul libero esercizio dell'azione amministrativa degli enti locali*, in *Federalismi.it*, 2014, nonché a Renato Rolli, *Il Comune degli altri. Lo scioglimento degli organi di governo degli enti locali per infiltrazioni mafiose*, Aracne editrice, Roma, 2013. Inoltre si rinvia al più recente contributo di Luca Pellacani, *Lo scioglimento dei Comuni per mafia: il caso del Comune di Brescello*, in *Rivista di Studi e Ricerche sulla criminalità organizzata*, vol. 5, 3-2019.

[8] Così Consiglio di Stato, sez. III, 22 giugno 2018, n. 3828.

argomenti addotti nella relazione prefettizia, lungi dal doversi tradurre necessariamente in addebiti personali nei confronti dei singoli amministratori, possono anche solo limitarsi a dimostrare i collegamenti, anche indiretti, tra l'Ente e le organizzazioni criminali o i condizionamenti subiti.

L'ampiezza della discrezionalità riconosciuta all'Amministrazione nell'accertamento delle infiltrazioni o del condizionamento di tipo mafioso discende dal carattere preventivo, e non sanzionatorio, del decreto di cui all'art. 143 T.U.E.L., per la cui adozione, a differenza dei presupposti richiesti per l'avvio dell'azione penale, è «sufficiente la presenza di elementi "indizianti" che consentano d'individuare la sussistenza di un rapporto inquinante tra l'organizzazione mafiosa e gli amministratori dell'ente considerato "infiltrato"»[9], a prescindere dalla commissione di condotte penalmente rilevanti.

Ne deriva che, come confermato da un consolidato orientamento giurisprudenziale[10], il decreto di scioglimento, quale atto di alta amministrazione[11], può essere adottato anche sulla base di elementi fattuali apparentemente esterni all'azione politica e amministrativa dell'Ente comunale, ma idonei ad evidenziare – non atomisticamente ma nel loro complesso – le situazioni di condizionamento e di ingerenza malavitosa.

In tal senso, un quadro fattuale caratterizzato dalla palese connivenza delle cosche malavitose con la realtà ecclesiale locale, sebbene costituisca un dato non formalmente riconducibile all'operato del Consiglio comunale, potrà comunque essere valutato dall'Amministrazione, unitamente alle altre risultanze raccolte dalla Commissione d'indagine, per comprovare lo stato di condizionamento di tipo mafioso e per provvedere allo scioglimento dell'Ente ai sensi dell'art. 143, primo comma T.U.E.L.

---

[9] Così TAR Lazio, sez. I, 5 febbraio 2019, n. 1433.

[10] Da ultimo si rinvia alla sentenza del Consiglio di Stato, sez. III, 10 gennaio 2018, n. 96

[11] I decreti di scioglimento per infiltrazione o condizionamento mafiosa dei Consigli comunali, sebbene impugnabili innanzi al Giudice amministrativo in ragione della loro immediata e concreta lesività, sono pacificamente inquadrati come atti di alta amministrazione, sia in dottrina che in giurisprudenza (cfr. Consiglio di Stato, sent. 562/1995 e 570/1981). Sul concetto di atto politico e sulla sua distinzione rispetto agli atti di alta amministrazione si rinvia, *ex plurimis,* a Rocco Galli, *Nuovo corso di diritto amministrativo*, CEDAM, Milano, 2016, specialmente pp. 558-563 ss.

3. La costruzione di cappelle votive e la partecipazione degli affiliati ai riti religiosi quale prova del grado di compromissione del normale funzionamento dell'Ente comunale

La sentenza n. 5077/2019 del Consiglio di Stato, rigettando l'appello proposto dagli *ex* componenti della Giunta e del Consiglio Comunale avverso la sentenza n. 1433/2019 del Tar Lazio, ha confermato lo scioglimento per infiltrazione mafiosa del Comune di Isola di Capo Rizzuto, come disposto con D.P.R. del 24 novembre 2017. Nella motivazione la pronuncia pone ripetutamente l'accento su due aspetti che investono direttamente i rapporti tra cosche e comunità parrocchiale locale.

Il primo aspetto sembrerebbe effettivamente non riconducibile all'operato del Consiglio comunale, essendo rappresentato dalla constatazione, già operata nel giudizio di primo grado, di «*rapporti tanto solidi quanto malsani esistenti tra gli esponenti della cosca locale ed il parroco; rapporti che hanno consentito a noti mafiosi di partecipare in evidenza, ed anche attivamente, a manifestazioni tradizionali religiose…*»[12]. Infatti, in merito all'organizzazione dei riti religiosi, salvo che per la predisposizione del necessario servizio di forza pubblica, spetta alla competente autorità ecclesiastica, e non certo all'Ente comunale, l'esercizio del potere di vigilanza sulla loro corretta celebrazione, soprattutto in relazione alla concreta individuazione dei soggetti portatori delle statue e dei simulacri nelle processioni[13]. E ciò a maggior ragione nel territorio calabrese, dal momento che le Diocesi della Regione Ecclesiastica Calabra si sono munite di direttive comuni, grazie alle quali sono stati approntati avanzati strumenti e controlli in grado di prevenire e reprimere, se diligentemente applicati, i ripetuti episodi di strumentalizzazione dei riti religiosi perpetrati dalle cosche[14]. In tal senso, l'accadimento richiamato sembrerebbe

---

[12] Così TAR Lazio, sez. I, 5 febbraio 2019, n. 1433.

[13] L'individuazione dei portatori delle statue è rimessa alla competente autorità ecclesiastica. Tuttavia, non sono mancati casi in cui il *Comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica*, al fine di impedire la partecipazione ai riti religiosi da parte di soggetti affiliati alle cosche, ha imposto all'autorità ecclesiastica la scelta di determinati portatori. In tal senso emblematico è quanto verificatosi, nell'anno 2014, a Vibo Valentia, allorché il *Comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica* impose come portatori delle statue i volontari della locale Protezione Civile, provocando l'indignazione della comunità parrocchiale. Rispetto alla decisione irremovibile delle autorità civili l'autorità ecclesiastica decise di annullare la processione, sia per sottolineare come già fossero state adottate adeguate misure antimafia e sia per stigmatizzare l'indebita ingerenza dell'autorità civile nell'organizzazione dei riti religiosi.

[14] Ci si riferisce al Documento della Conferenza Episcopale Calabra, *Per una Nuova Evangelizzazione della pietà popolare. Orientamenti pastorali per le Chiese di Calabria*, 2015. Sul punto mi sia permesso un rinvio a Fabio Balsamo, *Le normative canoniche antimafia*, Luigi Pellegrini Editore, Cosenza, 2019, specialmente pp. 127-189. Sullo sforzo profuso dalla Chiesa contro il crimine

invocare immediatamente l'esclusiva responsabilità del Parroco – peraltro successivamente arrestato nell'ambito dell'indagine *"Operazione J."* – e, in seconda battuta, l'omessa o carente azione di controllo da parte dell'autorità ecclesiastica diocesana. Sembrerebbe, dunque, del tutto estraneo a tale episodio il Consiglio comunale di Isola di Capo Rizzuto, anche in considerazione dell'autonomia confessionale riconosciuta dal nostro ordinamento alla Chiesa cattolica in relazione all'organizzazione e allo svolgimento dei riti religiosi.

Occorre però sottolineare che, sul punto, la posizione sostenuta dai giudici amministrativi è di segno diverso. Difatti, l'evidenza costituita dalla partecipazione ai riti religiosi di noti malavitosi locali avrebbe dovuto suggerire l'adozione di comportamenti diversi da quelli effettivamente posti in essere dal Sindaco e dai Consiglieri di Isola di Capo Rizzuto. Per tale ragione, l'inerzia opposta dall'Ente di fronte al perpetuarsi di queste gravi distorsioni è stata ritenuta – anche sulla scorta dell'ampio margine di discrezionalità riconosciuta alla Prefettura e al Ministero dell'Interno – il segno inequivocabile di una compromissione delle condizioni di normale e regolare funzionamento dell'Ente o comunque del suo condizionamento da parte delle cosche.

Più evidenti sono invece le implicazioni del Consiglio comunale nella costruzione, su richiesta del Parroco, di venti cappelle votive, edificate sulla base di un apposito "accordo di programma" deliberato dallo stesso Consiglio comunale di Isola di Capo Rizzuto. Trattandosi di opere aventi interesse pubblico in quanto destinate a soddisfare i bisogni religiosi della popolazione – e per questo autorizzate con un "accordo di programma" -, sarebbe spettato ai competenti Uffici comunali il controllo della regolarità nell'esecuzione dei lavori, sia per quanto concerne il possesso delle autorizzazioni e degli eventuali ulteriori titoli abilitativi prescritti dalla legge (eventuale parere del Genio civile o eventuale nulla osta della Sovrintendenza), sia in relazione alle ditte incaricate della costruzione delle edicole votive, oltre che dei fondi concretamente impiegati per la realizzazione delle cappelle, risultati, in alcuni casi, di manifesta provenienza illecita. Ancora, non potendosi dubitare del fatto che le cappelle votive siano comunque piccole costruzioni dedicate al culto e alla venerazione religiosa popolare[15], gli Uffici tecnici comunali avrebbero

---

organizzato si rinvia anche alle opere di Antonino Mantineo, *La condanna della mafia nel recente Magistero: profili penali canonistici e ricadute nella prassi ecclesiale delle Chiese di Calabria e Sicilia* Luigi Pellegrini Editore, Cosenza, 2016 e Antonello De Oto (a cura di), *La Chiesa di fronte alla criminalità organizzata*, Bononia University Press, Bologna, 2019.

[15] Nella pietà popolare le cappelle votive erano (e sono tuttora) costruite allo scopo di proteggere la comunità da pericoli esterni. Per questo erano realizzate ai margini dei campi per preservare i raccolti e la vita dei contadini, o ancora, lungo gli incroci delle strade a protezione dei passanti. Tuttavia, in molti casi le cappelle votive venivano realizzate sia come espressione di voti individuali, in segno di

dovuto assicurarsi che la loro edificazione fosse affidata a ditte autorizzate alla realizzazione e alla manutenzione degli edifici sacri[16]. Infine, il Comune e i competenti Uffici non hanno nemmeno provveduto a contestare le numerose ed evidenti difformità edilizie riscontrate rispetto al progetto approvato nell'"accordo di programma".

A ben vedere, anche nella valutazione di questo secondo aspetto diviene decisivo il riferimento ai rapporti tra le cosche malavitose e la comunità ecclesiale. Difatti, il finanziamento della costruzione di almeno cinque cappelle votive grazie alle donazioni di esponenti delle cosche[17], lungi dall'atteggiarsi come un mero supporto economico, sarebbe stato finalizzato al solo obiettivo di ottenere la legittimazione pubblica anche da parte della Chiesa cattolica locale, oltre che l'apprezzamento della collettività[18]. Sicché la disponibilità dimostrata dall'Amministrazione comunale per la realizzazione delle cappelle votive, unitamente alla mancanza dei successivi controlli sulla regolarità

---

ringraziamento per una grazia ricevuta, sia su iniziativa della comunità per ringraziare del superamento di pericoli o calamità naturali. Sul tema si rinvia a Stefano Testa Bappenheim, I *crocifissi campestri nel Trentino-Alto Adige*, nel vol. Edoardo Dieni, Alessandro Ferrari, Vincenzo Pacillo (a cura di), *I simboli religiosi tra diritto e culture*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 207 ss., specialmente pp. 215-218, nonché Silvia Ventrella, *Aspetti d'arte e religiosità popolare. Le edicole votive di Macerata, Casalba e Cuturano*, Editore www.lulu.com, 2019, specialmente p. 17, in cui l'A. afferma che: «l'edicola svolge una funzione di mediazione tra il fedele e il divino e nasce come manifestazione esteriore di una grazia ricevuta. In seguito pur mantenendo la funzione di luogo sacro divenne un punto di riferimento per tutto il vicinato come luogo integrativo di culto dove nel corso della giornata ci si riuniva per recitare il rosario o semplici orazioni».

Con riguardo alle cappelle votive realizzate nei pressi dei santuari il *Codex iuris canonici,* al can. 1234 – § 2, stabilisce che: «Le testimonianze votive dell'arte e della pietà popolari siano conservate in modo visibile e custodite con sicurezza nei santuari o in luoghi adiacenti».

[16] Sebbene nella tradizione popolare la realizzazione delle edicole votive sia stata generalmente affidata ad artigiani locali, la loro costruzione non può essere rimessa «al gusto e ai desideri di singoli». Al contrario deve essere guidata «dai responsabili della pastorale e dagli esperti dell'arte. Gusto e devozioni vanno infatti convenientemente educati alla scuola della fede perenne della Chiesa». Così Mons. Mauro Piacenza, *Principi ispiratori per la costruzione di chiese e spazi per la celebrazione e l'adorazione della Eucarestia*, Pontificia Commissione per i beni culturali della Chiesa, 8 giugno 2005, consultabile al sito *www.vatican.va*

[17] Sul punto, la III sezione del Consiglio di Stato, nella sentenza n. 5077/2019, ha rilevato che: «*Le cappelle sono state realizzate su diciassette appezzamenti di terreno donati dai proprietari alla P., mentre le prime tre sono state costruite su terreno comunale concesso per novantanove anni alla parrocchia e buona parte delle persone coinvolte, donatori e sostenitori dell'iniziativa, attiene al sistema mafioso imperniato attorno a don E.S., che ha anche in questa occasione, prima del suo arresto, dimostrato a più riprese la sua fattiva influenza sul processo decisionale dell'amministrazione comunale*».

[18] Così, secondo le risultanze della Relazione della Commissione d'indagine, «*la circostanza che le venti cappelle votive sono state realizzate senza titolo edilizio e sulla base di un accordo di programma – di cui peraltro non è chiara la natura – non è priva di significato ai fini che qui interessano, evidenziando riguardo della Amministrazione per coloro che traevano prestigio dalla attuazione del programma, cioè i finanziatori e sostenitori*». Così TAR Lazio, sez. I, 5 febbraio 2019, n. 1433.

degli interventi edilizi, non può essere intesa come un atto di disponibilità nei confronti della comunità parrocchiale, quanto piuttosto come un segnale di debolezza e di accondiscendenza degli amministratori locali nei confronti di quei finanziatori, appartenenti alla criminalità organizzata locale, che si avvantaggiavano, anche in termini di prestigio sociale, proprio dalla realizzazione delle cappelle votive.

Pertanto, sulla scorta dell'orientamento accolto dal Consiglio di Stato nella sentenza in esame, la penetrazione delle cosche nell'ambiente ecclesiale e il correlato comportamento dell'Ente comunale sono suscettibili di integrare, ai sensi dell'art. 143, primo comma T.U.E.L., segni «concreti, univoci e rilevanti», assolutamente idonei ad assumere una valenza tale da determinare «l'alterazione del procedimento di formazione della volontà degli organi elettivi ed amministrativi e da compromettere il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione comunale nonché il regolare funzionamento dei servizi ad essa affidati»[19].

4. Riflessioni conclusive

Con la sentenza della III sezione del Consiglio di Stato n. 5077/2019 – ad integrale conferma della sentenza della I sezione del TAR Lazio n. 1433/2019 – l'infiltrazione delle cosche all'interno della Chiesa locale, come conclamata anche dal successivo arresto del Parroco[20] e dalla partecipazione dei malavitosi ai riti religiosi, costituisce, congiuntamente ad altri elementi, un importante indizio dell'esistenza di un condizionamento di tipo mafioso del Consiglio comunale di Isola di Capo Rizzuto. Difatti, l'abnormità di alcuni episodi relativi al momento celebrativo dei riti o le palesi irregolarità riscontrate nella costruzione e nel finanziamento delle cappelle votive[21] denoterebbe, più o meno

---

[19] Così Consiglio di Stato, sez. III, 18 luglio 2019, n. 5077.

[20] Tra i primi a segnalare le connivenze e le ambiguità di parte del clero (in quel caso siciliano) nei confronti del fenomeno mafioso è Mario Tedeschi, *La Chiesa siciliana contro la mafia,* ora pubblicato in Id., *Impegno civile*, Luigi Pellegrini Editore, Cosenza, 2014, pp. 127-128) e *Chiesa e mafia*, ora pubblicato anche in Id., *Impegno civile*, Luigi Pellegrini Editore, Cosenza, 2014, pp. 135-139. Sul tema si ricorda anche il caso del frate carmelitano Mario Frittitta, accusato di favoreggiamento – aggravato dalla circostanza prevista dall'art. 61 c.p., n. 10 – per essersi recato a celebrare messa nel covo in cui si rifugiava un mafioso latitante. Per approfondimenti si rinvia a Salvatore Bordonali, *Memoria difensiva (profili ecclesiastici) nella causa penale per favoreggiamento personale aggravato contro un sacerdote*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, II, 2001, pp. 242-251.

[21] Sul punto la sentenza n. 5077/2019 del Consiglio di Stato rileva che: «*Le opere sono abusive e, selezionandone solo alcune a campione, la Commissione ha rilevato che esse sono state ricordate con targa ricordo, simbolo di mafia, con finalità ben lontane da quelle apparentemente spirituali che la*

indirettamente, l'incapacità – se non la negligenza o addirittura la mancata volontà – dell'Ente comunale di fronteggiare adeguatamente siffatte situazioni, con la conseguente applicabilità dell'art. 143, primo comma T.U.E.L.

Pertanto, a fronte dell'ampio margine di discrezionalità riconosciuto alla Prefettura e al Ministero dell'Interno nella valutazione dei quadri indiziari sembra possibile invocare lo scioglimento per condizionamento mafioso di un Consiglio comunale anche nelle ipotesi in cui gli organi politici comunali non vogliano o non siano in grado di denunciare e contrastare, per effetto dell'influenza delle cosche, gli evidenti fenomeni di infiltrazioni malavitose che dovessero minare l'integrità delle realtà ecclesiali locali. Senza tralasciare, naturalmente, l'opportunità di informare le competenti autorità statuali di tali accadimenti o di manifestare nelle opportune forme la propria disapprovazione[22], in tali circostanze, infatti, nulla impedirebbe ad un Ente comunale ossequioso del principio di legalità e non compromesso nel suo normale funzionamento democratico di segnalare al competente Ordinario diocesano il perpetuarsi di simili episodi, invocandone il necessario intervento.

A ben vedere, la segnalazione all'Ordinario di tali situazioni, anche se inerenti alla materia dell'organizzazione e celebrazione dei riti religiosi, non costituirebbe affatto un'indebita ingerenza nell'autonomia confessionale, ma, al contrario, rappresenterebbe un'esplicazione del principio di leale collaborazione tra Stato e Chiesa cattolica per il bene del Paese[23], analogamente alle denunce dei fenomeni corruttivi e delle infiltrazioni criminali ripetutamente fatte da numerosi presbiteri con riguardo all'operato degli enti e dei funzionari pubblici.

In conclusione, l'inerzia del Comune di Isola di Capo Rizzuto rispetto a quelle palesi manifestazioni del potere malavitoso, dirette a minare finanche

---

loro edificazione vorrebbe avere in un contesto, come quello descritto, nel quale la devozione religiosa, fatta di formalistici rituali e opere devozionali, costituisce componente essenziale dell'egemonia sul territorio, secondo l'antico principio religio instrumentum regni».

[22] A titolo esemplificativo si rimanda alla scelta dell'allora Sindaco di Castellammare di Stabia, Luigi Bobbio, di abbandonare la processione del Santo Patrono a causa di una fermata (inchino) effettuata nei pressi dell'abitazione del boss locale. Cfr. Vincenzo Iurillo, *Castellammare, processo con omaggio al boss. Il Sindaco abbandona il corteo*, in *Il Fatto Quotidiano*, 19 gennaio 2012.

[23] Sul tema cfr. Jlia Pasquali Cerioli, *L'indipendenza dello Stato e delle confessioni religiose. Contributo allo studio della distinzione degli ordini nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 2006. Per la collaborazione tra Stato e Chiesa cattolica nell'economia si rinvia a Maria d'Arienzo, *Chiesa ed economia,* in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), 2 novembre 2009, nonché in *Diritto e Religioni*, 2-2009, pp. 214-224 e nel vol. Giuseppe Leziroli (a cura di), *La Chiesa in Italia: oggi". 16-17 ottobre 2009*, Pellegrini editore, Cosenza, 2011, pp. 38-49. Cfr. inoltre 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*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), ottobre 2011, pp. 1-33.

l'integrità delle realtà ecclesiali locali, costituisce ulteriore riprova del pervicace condizionamento mafioso esercitato dalle cosche e, per tale ragione, potrà essere valutato come un elemento decisivo ai fini dello lo scioglimento dell'Ente ai sensi dell'art. 143 T.U.E.L[24].

Riassunto
Il contributo intende evidenziare la rilevanza indiziaria che può assumere la penetrazione delle cosche all'interno delle realtà ecclesiali ai fini dell'applicabilità dell'art. 143 T.U.E.L., con particolare riguardo sia ai casi di finanziamento di cappelle votive ad opera dei clan, sia della partecipazione di malavitosi ai riti religiosi.
Parole chiave
Infiltrazione mafiosa; art. 143 T.U.E.L.; scioglimento dei Consigli comunali

Abstract
In the evaluation of the elements required for the dissolution of municipal councils due to mafia infiltration, the administration enjoys wide discretion. The contribution intends to highlight the relevance that can be recognized to the penetration of the gangs within the ecclesial bodies for the purpose of applying art. 143 T.U.E.L., with particular regard to the cases of financing of votive chapels by the clans and the participation of criminals in religious rites.
Key words
Mafia infiltration; art. 143 T.U.E.L.; dissolution of municipal councils

[24] La rilevanza di tali elementi ai fini dell'applicabilità dell'art. 143 T.U.E.L. è chiaramente affermata nella sentenza della III sezione del Consiglio di Stato n. 5077/2019: «*L'insieme degli elementi sin qui analizzati pienamente giustificherebbe, ai sensi dell'art. 143 T.U.E.L. la legittimità del provvedimento dissolutorio qui contestato, a fronte di una conclamata infiltrazione mafiosa dell'ente comunale, che non risparmia nemmeno, la dimensione del sacro, con una modalità non inconsueta ma anzi per definizione tipica, come detto, della* 'ndrangheta». Anzi, che proprio la compromissione dell'ambiente ecclesiale abbia rappresentato l'elemento decisivo posto a fondamento dell'emanazione del provvedimento dissolutorio dell'Ente si desume dal seguente passo della sentenza: «*Pare al Collegio evidente che nessuna misura gradata, prevista dall'art. 143 del T.U.E.L., avrebbe potuto bloccare la situazione di infiltrazione mafiosa in atto nell'ente comunale, ormai irrimediabilmente compromesso dal legale con la* ''ndrangheta, *né gli odierni appellanti hanno saputo indicare, nella censura in esame, quali misure meno incisive ed effettivamente utili avrebbero potuto arginare l'ormai dilagante cancro dell'infiltrazione mafiosa da parte di cosche, egemoni sul territorio, in tutti i gangli dell'amministrazione comunale, persino nel minimo controllo sulla costruzione di cappelle votive apparentemente destinate alla sola devozione religiosa*».

Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria

Sez. II, 4 marzo 2019 n. 174

Manifesto sull'informazione relativa all'obiezione di coscienza in ambito sanitario – Lesione del simbolo religioso – Valutazione ristretta al significato ordinario del manifesto e non a tutti gli ipotetici significati.

Al fine di valutare la valenza lesiva di un simbolo religioso e della relativa posizione teologica da parte di un manifesto, occorre valutare i significati ordinari estraibili da questo e non tutti gli ipotetici significati in relazione alle singole sensibilità soggettive (nel caso specifico l'accostamento del simbolo religioso alla relativa posizione teologica non appare tale da ledere l'integrità della persona, né ad incitare all'odio nei confronti della religione cattolica, in quanto essendo il messaggio circoscritto alla campagna contro l'obiezione di coscienza in campo abortivo, il significato immediatamente ritraibile è quello di un invito, razionale e non illogico, ad informarsi presso il proprio medico dei suoi orientamenti in tema di obiezione di coscienza).

Omissis (…)

È impugnata la nota pec datata 27/12/2018 n. 445416 con la quale il Comune di Genova ha imposto all'Unione degli Atei e Agnostici e Razionalisti la modifica contenutistica del bozzetto di manifesto pubblicitario inerente alla campagna di informazione relativa all'obiezione di coscienza in ambito sanitario.

L'Amministrazione ha ritenuto che tale manifesto, da pubblicarsi nelle vie cittadine con formato di 100 x 70 cm, fosse lesivo della libertà di coscienza individuale nonché dei diritti delle confessioni religiose.

L'attuale ricorrente censura la legittimità della suddetta nota sotto un duplice profilo.

In primo luogo viene contestato l'esercizio da parte del Comune di un controllo di merito in ordine al contenuto del manifesto, in quanto tale controllo contrasterebbe con le prescrizioni di cui al d.lgs n. 507/1993; segnatamente, quest'ultima normativa legittimerebbe in capo all'Amministrazione soltanto un potere di controllo formale e in negativo, consistente nella possibilità di rifiutare la pubblicazione di affissioni manifestamente oscene o incitanti all'o-

dio razziale.

In secondo luogo le prescrizioni imposte dall'Amministrazione lederebbero la libertà di manifestazione di pensiero e di associazione, comportando una discriminazione rispetto all'approvazione di altre forme di affissione (manifesto relativo alla campagna "Pro vita").

Il ricorso è fondato, nei limiti delle seguenti precisazioni.

La fattispecie per cui è causa si radica su un tessuto assiologico di preminente rilevanza ordinamentale, involgendo l'interazione tra libertà fondamentali e diritti incomprimibili della persona, quali la libertà di manifestazione del pensiero e la libertà di autodeterminazione circa la scelta, di rilievo bioetico, di avvalersi della clausola di obiezione di coscienza da parte dei medici richiesti di praticare l'interruzione volontaria di gravidanza.

In tale ambito, l'obiezione di coscienza, disciplinata dall'art. 9 della l. n. 194/1978, costituisce il legittimo rifiuto da parte di medici (e il personale sanitario ed esercente le attività ausiliarie) di ottemperare all'obbligo sancito dalla legge che regolamenta l'interruzione volontaria della gravidanza per motivi inerenti alla coscienza individuale, con l'effetto di esonerare l'obiettore dal compimento delle procedure e delle attività specificamente e necessariamente dirette a determinare l'interruzione della gravidanza (ma non dall'assistenza antecedente e conseguente all'intervento).

Le motivazioni che fondano l'opzione dell'obiezione di coscienza possono, a ben vedere, rinvenirsi in istanze di carattere religioso, morale o ideologico.

Con specifico riferimento alla dimensione religiosa, si evidenzia come la religione cattolica, fin dai primi riferimenti scritturali e apostolici, disapprova l'aborto come peccato mortale, concretantesi in un atto di disposizione del bene vita da parte dell'uomo, potendo – invece – quest'ultimo essere (dato e) tolto soltanto da Dio.

Il fenomeno dell'obiezione di coscienza può, come detto, fondarsi su un sostrato motivazionale non necessariamente connesso alla religione cattolica (e alla religione in generale), soprattutto considerato il livello di multiculturalismo raggiunto dalla società moderna e la relativa configurabilità di posizioni contrarie all'obiezione di coscienza che prescindono dall'adesione dell'obiettore ad una determinata confessione religiosa.

Tanto premesso, occorre – con precipuo riferimento al caso di specie – descrivere il bozzetto di manifesto sanzionato dall'impugnata nota.

Viene raffigurata l'immagine appaiata di un medico e di un ministro del culto cristiano, verosimilmente cattolico, nelle vesti tipiche del proprio officio (vale a dire – rispettivamente – camice verde e stetoscopio, e abito talare e pendente a forma di croce) sovrascritta dallo slogan "Testa o croce? Non

affidarti al caso" e, più in piccolo, dalla frase "Chiedi subito al tuo medico se pratica qualche forma di obiezione di coscienza", accompagnata dal rinvio al sito internet della campagna uaar.it/nonaffidartialcaso e dal logo della UAAR.

Il manifesto associa, pertanto, il simbolo della fede cattolica alla tradizionale posizione teologica e dottrinale contraria all'aborto che le è propria.

Secondo l'Amministrazione resistente il descritto bozzetto lederebbe la libertà di coscienza individuale nonché il rispetto e la tutela dovuti ad ogni confessione religiosa, a chi la professa e ai ministri di culto, nonché agli oggetti di culto.

A tale proposito, si evidenzia la motivazione presenta connotati di genericità tali da renderla inidonea ad esprimere il concreto ed attuale bilanciamento degli interessi sottesi alla determinazione della P.A.

In particolare, con specifico riferimento alla asserita lesione della libertà di coscienza individuale, l'Amministrazione ha ritenuto sussistente la lesione dei principi di cui agli artt. 2, 13, 19 e 21 della Costituzione (diritti inviolabili della personalità, libertà personale, libertà religiosa e libertà di pensiero) senza esplicitare né le ragioni per le quali il rispetto per la religione cattolica sarebbe vulnerato dall'associazione del simbolo religioso alla relativa posizione dottrinale, né le ragioni per le quali il rispetto per altre confessioni religiose – non coinvolte dalla campagna sul piano iconografico – ne risulterebbe comunque leso.

A ben vedere, il bozzetto licenziato dall'UUAR si limita ad accostare il simbolo religioso all'orientamento teologico tradizionalmente espresso dalla religione cattolica in merito all'interruzione volontaria di gravidanza, e pone l'accento sulla necessaria ponderazione nella scelta del medico curante da parte delle pazienti che intendano sottoporsi a detta pratica, posto che il medico che si avvalga della clausola di obiezione, non eseguirà la cura o l'intervento abortivo.

Tanto considerato, si evidenzia altresì che il parametro interposto alla stregua del quale valutare la legittimità della nota gravata è costituito dall'art. 10, comma 2, rubricato "limitazioni – divieti" del Piano Generale degli Impianti Pubblicitari del comune di Genova, approvato con deliberazione C.C. n. 22 del 17 maggio 2011 (data esecutività 04/06/2011), a tenore del quale "Il messaggio pubblicitario di qualsiasi natura, istituzionale, culturale, sociale e commerciale, non deve ledere il comune buon gusto, deve garantire il rispetto della dignità umana e dell'integrità della persona, non deve comportare discriminazioni dirette o indirette , né contenere alcun incitamento all'odio basato su sesso, razza o origine etnica, religione o convinzioni personali, disabilità, età o orientamento sessuale, non deve contenere elementi che valutati nel loro contesto, approvino, esaltino o inducano alla violenza contro le donne, come

da Risoluzione 2008/2038 (INI) del Parlamento Europeo".

Per le ragioni suesposte il descritto bozzetto della campagna di informazione UUAR non lede né direttamente né indirettamente alcuno dei principi e valori sottesi alle limitazioni e ai divieti di cui al citato art. 10.

L'accostamento del simbolo religioso alla relativa posizione teologica non appare tale da ledere l'integrità della persona, né ad incitare all'odio nei confronti della religione cattolica o – tantomeno – ad incitare la violenza contro le donne, posto che quest'ultime sono – peraltro – le principali destinatarie della campagna di sensibilizzazione.

Da ultimo il Collegio rileva come seppur sia vero che il bozzetto potrebbe configurare un'ipotetica lesione delle scelte religiose della persona valutandole come frutto dell'irrazionalità e del caso a fronte della scelta logica e razionale in favore della scienza, quasi a richiamare la ormai datata querelle tra religione e scienza, è altresì vero che, essendo il messaggio circoscritto alla campagna contro l'obiezione di coscienza in campo abortivo, il significato immediatamente ritraibile è quello di un invito, questo si razionale e non illogico, ad informarsi presso il proprio medico dei suoi orientamenti in tema di obiezione di coscienza.

Si vuol dire, in altre parole, che la valenza lesiva del simbolo e più in generale di un messaggio deve essere valutata relativamente ai significati ordinariamente estraibili dal veicolo e non con riferimento a tutti gli ipotetici significati in relazione alle singole sensibilità soggettive. In definitiva occorre estrarre dal manifesto il suo significato ordinario e valutare sulla base di quello l'idoneità del messaggio a ledere la sensibilità altrui.

Nella specie il messaggio ha inteso promuovere la scelta consapevole, meditata e razionale del proprio medico di fiducia limitatamente al tema dell'interruzione della gravidanza, rendendo in questo modo cosciente il pubblico del fenomeno dell'obiezione di coscienza.

Da tutto quanto sopra premesso, emerge l'illegittimità del provvedimento gravato sotto il profilo della carenza motivazionale nonché della concreta non offensività del messaggio veicolato dal bozzetto.

Il Collegio ritiene per completezza di esame della fattispecie ea al fine di conformare l'operato dell'Amministrazione di aggiungere quanto segue.

Le precedenti considerazioni si riferiscono al bozzetto di manifesto sopra descritto, con dicitura limitata.

Al ricorso sono allegate svariate immagini relative alla campagna informativa promossa da UUAR.

Tra queste figura l'immagine che reca – a differenza del bozzetto con dicitura limitata – la seguente ulteriore dicitura: "Gli ospedali sono purtroppo pieni di ginecologi obiettori, spesso assunti e promossi proprio per la loro

adesione alla dottrina cattolica. Non sono infrequenti i casi in cui ostacolano l'intenzione di interrompere una gravidanza, (…)".

Tale messaggio, cosi come formulato, è idoneo a minare l'integrità professionale dei medici obiettori di coscienza assunti nelle strutture ospedaliere, in quanto suggestivo del concetto secondo cui tali medici avrebbero conseguito l'acceso alla professione in ragione della loro appartenenza ad una determinata ideologia morale o religiosa e non in virtù di criteri selettivi fondati sul merito.

Tale dicitura, oltre che integrare verosimilmente il reato di diffamazione (art. 595 c.p.), realizza indubitabilmente una forma di discriminazione indiretta vietata dall'art. 10, comma 2, del Piano Generale degli impianti pubblicitari del Comune di Genova, sopra riportato.

A tale proposito non può valere, a sostegno della legittimità della versione "estesa" della campagna informativa UUAR, il riferimento alla campagna pubblicitaria "Pro vita", essendo il relativo manifesto inidoneo a ledere o discriminare la professionalità dei medici obiettori, atteso che il messaggio ivi veicolato – ancorché potenzialmente impattante sulla sensibilità dei fruitori – si limita a descrivere l'esito fisiologico di un'interruzione di gravidanza.

In conclusione il ricorso deve essere accolto con le precisazioni di cui sopra.

(…)

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla il provvedimento impugnato.

(…)

Consiglio di Stato, Sez. V, 9 aprile 2019, n. 2327

Messaggio pubblicitario – Interessi individuali e collettivi di carattere non economico – Tutela giuridica.

La campagna di informazione non deve eccedere rispetto al pubblico interesse e deve essere effettuata nel rispetto dell'interesse, individuale e collettivo, alla reputazione (il Consiglio di Stato, riformando la sentenza del T.A.R., ha ritenuto che nel caso specifico il manifesto in questione, superando i limiti della continenza espressiva, determina una discriminazione rispetto alla religione e alle convinzioni etiche individuale).

Omissis (…)

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. LIGURIA – GENOVA: SEZIONE II n. 00174/2019, (…)

Considerato che il Comune di Genova ha impugnato la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Liguria, sez. II, 4 marzo 2019, n. 174, di accoglimento del ricorso dell'U.A.A.R. avverso la nota in data 27 dicembre 2018 con cui essa Amministrazione aveva denegato l'affissione di centotrenta manifesti della campagna informativa nazionale *"Non affidarti al caso"*, in tema di obiezione di coscienza in ambito sanitario;

Considerato che il provvedimento comunale è motivato nella considerazione che il bozzetto dei manifesti pone in evidenza «*una possibile violazione di norme vigenti in riferimento alla protezione della coscienza individuale (artt. 2, 13, 19 e 21 della Costituzione; Sentenza della Corte Costituzionale n. 467/1991; premessa e art. 18 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo; artt. 9 e 10 della Convenzione Europea per i Diritti dell'Uomo) e al rispetto e tutela dovuti ad ogni confessione religiosa, a chi la professa e ai ministri di culto nonché agli oggetti che formano oggetto di culto (artt. 403 e 404 c.p.; art. 10, comma 2 del vigente Piano generale degli Impianti del Comune di Genova; artt. 10 e 11 del vigente Codice di autodisciplina della Comunicazione Commerciale dell'Istituto di Autodisciplina Pubblicitaria)*», chiedendo una variazione contenutistica del manifesto stesso;

Considerato che il bozzetto evidenzia l'immagine con diversa gradazione cromatica, bipartita e giustapposta, del busto di un medico e di un ministro

del culto cristiano (manifestate, rispettivamente da camice e stetoscopio, da abito talare e croce), con l'enunciato letterale a grandi caratteri, nello spazio sovrastante il torace, "Testa o croce?" e sotto in caratteri minori "Non affidarti al caso", e più sotto ancora con l'aggiunta "Chiedi subito al tuo medico se pratica qualsiasi forma di obiezione di coscienza";

Considerato che in primo grado l'associazione ricorrente ha dedotto l'illegittimità del diniego per violazione del d.lgs. 15 novembre 1993, n. 507 (*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'art. 4 della legge 23 ottobre 1992, n. 421, concernente il riordino della finanza territoriale*) e per violazione del diritto di manifestazione del pensiero e di associazione;

Ritenuto che bene l'appellata sentenza ha individuato quale parametro interposto alla luce del quale vagliare la legittimità della nota, l'art. 10, comma 2, del piano generale degli impianti pubblicitari del Comune di Genova, di cui alla deliberazione consiliare n. 22 del 17 maggio 2011, adottato in conformità dell'art. 3, comma 2, del detto d.lgs. n. 507 del 1993, alla cui stregua «*con il regolamento il comune disciplina le modalità di effettuazione della pubblicità e può stabilire limitazioni e divieti per particolari forme pubblicitarie in relazione ad esigenze di pubblico interesse*»;

Rilevato che l'art. 10, punto 2, del detto piano dispone: «*il messaggio pubblicitario di qualsiasi natura, istituzionale, culturale, sociale e commerciale, non deve ledere il comune buon gusto, deve garantire il rispetto della dignità umana e dell'integrità della persona, non deve comportare discriminazioni dirette o indirette, né contenere alcun incitamento all'odio basato su sesso, razza o origine etnica, religione o convinzioni personali, disabilità, età o orientamento sessuale, non deve contenere elementi che valutati nel loro contesto, approvino, esaltino o inducano alla violenza contro le donne, come da risoluzione 2008/2038 (INI) del Parlamento Europeo*»;

Considerato che il messaggio pubblicitario, per quanto principalmente disciplinato nella prospettiva della rilevanza economica, può incidere anche su interessi individuali e collettivi di carattere non economico e comunque meritevoli di tutela giuridica, e che non rimangono perciò senza rilievo e difesa;

Considerato che il bozzetto in rapporto al quale è stata chiesta l'affissione dei manifesti pubblicitari appare discriminatorio nelle descritte modalità di composizione delle contrapposte descritte immagini collegate in una al sovrapposto, dominante enunciato letterale *"Testa o croce?"* e con l'incitazione *"Chiedi subito al tuo medico se pratica qualsiasi forma di obiezione di coscienza"* perché appare offendere indistintamente il sentimento religioso

o etico, e in particolare dei medici che optano per la scelta professionale di obiezione di coscienza in tema di interruzione volontaria della gravidanza, pur garantita dalla legge 22 maggio 1978, n. 194, art. 9. Infatti in questa sensibile materia:

- oppone ("testa *o* croce'") in termini negativi e reciprocamente escludenti la ragione ("testa") e la fede cristiana ("croce");

- pubblicizza così implicitamente che la fede cristiana ("croce") oscura la ragione (testa");

- nega la dignità della ragione ("testa") alla scelta medica di obiezione di coscienza motivata da ragioni di fede cristiana ("croce");

- appare negare autonoma dignità all'obiezione mossa da ragioni non già cristiane ma semplicemente etiche ovvero di altra fede religiosa;

- collega la meritevolezza o adeguatezza professionale del medico alle sue libere convinzioni religiose o comunque etiche in tema di interruzione volontaria della gravidanza;

Considerato che, a parametrare il concetto di discriminazione, vale a dire di offesa o pregiudizio non giustificato ai danni generalizzati di una o più categorie, occorre considerare che per l'ordinamento varie disposizioni definiscono la nozione di discriminazione, diretta ed indiretta, talora anche in armonia con il diritto eurounitario e le direttive europee (es. art. 2 d.lgs. n. 215 del 2003 in materia di razza ed origine etnica; art. 2 del d.lgs. n. 216 del 2003 in materia di occupazione e di condizioni di lavoro; art. 2 del d.lgs. n. 67 del 2006 in tema di disabilità): e che tali parametri, che si basano sul principio di eguaglianza, rilevano del pari in materia religiosa o etica laddove non si incontrino i limiti generali costituzionali, espressi (es. art. 17 Cost.: buon costume) o impliciti (es. sicurezza pubblica, ordine pubblico, salute, dignità della persona umana), o della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (art. 9, para. 2: *«restrizioni […] stabilite dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla pubblica sicurezza, alla protezione dell'ordine, della salute o della morale pubblica, o alla protezione dei diritti e della libertà altrui»*);

Ritenuto che la discriminazione in base alla religione e alle convinzioni etiche individuali rileva nel caso in esame, dove la pur naturalmente legittima critica alle scelte dei professionisti obiettori supera i limiti generali della continenza espressiva giacché non si ferma a valutazioni misurate, ma senza necessità trasmoda in valutazioni lesive dell'altrui dignità morale e professionale (cfr. tra le tante, Cass. civ., III, 20 gennaio 2015, n. 841);

Ritenuto che la continenza espressiva correlata al diritto di critica e alla pubblicità informativa assume particolare rilievo nell'accesso al pubblico servizio comunale di affissioni pubblicitarie, non trattandosi di una critica "dina-

mica" e immediatamente reattiva di giudizio altrui collegato a specifici fatti (come in ambito politico, dove è ammesso l'uso di toni aspri e di disapprovazione più incisivi rispetto a quelli degli usuali rapporti tra privati), ma di una campagna di informazione: i cui canoni richiedono la non eccedenza a quanto necessario per il pubblico interesse all'informazione ampia e corretta, fermo il rispetto dell'interesse, individuale o collettivo, alla reputazione;

Ritenuto che anche per la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo resta salva la riserva dell'art. 10, para. 2, della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (*«restrizioni […] che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, […] per la protezione della reputazione o dei diritti altrui»*),e il diritto alla libertà di espressione va valutato alla luce dei principi di proporzionalità e pertinenza (Corte E.D.U., 19 giugno 2012, n. 27306 28 ottobre 1999, n. 18396; 23 aprile 1992, n. 236; 8 luglio 1986, n. 103);

Ritenuto, in conclusione, che il provvedimento comunale non appare viziato da carenza di motivazione laddove nega l'affissione per, alla luce del rammentato atto regolamentare comunale, una possibile violazione di norme poste a protezione della coscienza individuale ed a tutela di ogni confessione religiosa;

Ritenuto che, conseguentemente, l'appello del Comune di Genova va accolto, e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, va respinto il ricorso di primo grado;

Ritenuto che è infondato il motivo riproposto dall'associazione appellata in ordine alla disparità di trattamento perpetrata dal Comune di Genova rispetto alla consentita affissione dei manifesti del movimento "Pro-Vita", stante la diversità, la non comparabilità e la non identità delle situazioni, circostanza che esclude l'eccesso di potere;

Ritenuto che la complessità e novità della fattispecie trattata giustifica la compensazione tra le parti delle spese del doppio grado di giudizio;

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), lo accoglie, e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, respinge il ricorso di primo grado

(…)

Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

Sez. I di Lecce, 10 aprile 2019 n. 577

Ministro di culto acattolico – Approvazione governativa – Potestà della P.A..

La mancata approvazione governativa della nomina di un ministro di culto acattolico non determina alcun impedimento per l'opera del Ministro di culto, ben potendo egli continuare ad esercitare liberamente l'attività pastorale in tutto il territorio nazionale in virtù dei poteri conferitigli dalla Chiesa di appartenenza, senza necessità della predetta ulteriore autorizzazione. Infatti, l'approvazione della nomina del Ministro di culto risulta finalizzata alla sola legittimazione dell'organismo religioso in seno alla realtà sociale in cui opera, sicché l'Amministrazione deve poter mantenere la potestà di negare l'approvazione della nomina allorquando, per l'esiguità del numero dei fedeli, non si ravvisa la reale esigenza di collegare agli atti compiuti dal Ministro di culto anche la produzione di effetti giuridici nell'ordinamento.

Omissis (…)

FATTO e DIRITTO

Parte ricorrente ha impugnato il decreto del Ministero dell'Interno rubricato n. 510/1/AII e datato 20/11/2014, nonché gli altri atti indicati in epigrafe con i quali è stata negata l'approvazione della nomina a Ministro del culto, lamentandone l'illegittimità per difetto di idonea motivazione e chiedendone, pertanto, l'annullamento.

(…)

Invero, (…), la legge 24 giugno 1929 n. 1159 (Disposizioni sull'esercizio dei culti ammessi nello Stato e sul matrimonio celebrato davanti ai ministri dei culti medesimi) all'art. 3 prevede che "Le nomine dei ministri dei culti diversi dalla religione dello Stato debbono essere notificate al Ministero della giustizia e degli affari di culto (oggi Ministero dell'interno) per l'approvazione. Nessun effetto civile può essere riconosciuto agli atti del proprio ministero compiuti da tali ministri di culto, se la loro nomina non abbia ottenuto l'approvazione governativa".

Sulla base di tale disposizione, quindi, deve ritenersi che l'approvazione governativa ampli la sfera dei poteri del Ministro di culto, ricollegando agli atti da lui compiuti, nell'esercizio del suo Ministero, effetti diretti nell'ordinamento dello Stato; al contrario, la mancata approvazione governativa non determina alcun impedimento per l'opera del Ministro di culto, ben potendo egli continuare ad esercitare liberamente l'attività pastorale in tutto il territorio nazionale in virtù dei poteri conferitigli dalla Chiesa di appartenenza, senza necessità della predetta ulteriore autorizzazione.

Pertanto, fermo restando il pieno rispetto dell'autonomia e della libertà religiosa riconosciuta dall'art. 8 della Costituzione, l'approvazione della nomina del Ministro di culto risulta finalizzata alla sola legittimazione dell'organismo religioso in seno alla realtà sociale in cui opera, sicché l'Amministrazione deve poter mantenere la potestà di negare l'approvazione della nomina allorquando, per l'esiguità del numero dei fedeli, non si ravvisa la reale esigenza di collegare agli atti compiuti dal Ministro di culto anche la produzione di effetti giuridici nell'ordinamento, come è avvenuto nel caso in esame.

Conclusivamente, quindi, attesa la legittimità delle ragioni opposte dal Ministero a fondamento della decisione assunta, il ricorso va respinto.

(…)

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce – Sezione Prima, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge (…)

Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

Sez. II di Brescia, 20 aprile 2019 n. 383

Sepoltura nel reparto islamico – Clausola di attestazione di fede – Illegittima.

Viola il principio costituzionale relativo al diritto di libertà dell'espressione religiosa e della sua professione la delibera che subordina la sepoltura nel reparto speciale islamico all'attestazione della fede islamica del defunto da parte di un soggetto privato, carente di legittimazione in tal senso. Ne deriva l'annullamento della delibera con effetto caducante della modificazione della convenzione ed il conseguente ripristino dell'efficacia del testo originario, dovendosi ritenere tamquam non esset ogni successiva modificazione apportata dall'atto annullato.

Omissis (…)

FATTO

Nel 2008 il Comune di Bergamo e il Centro culturale Islamico Onlus, hanno stipulato, al termine di un percorso condiviso, una convenzione, in ragione della quale tale organizzazione è stata designata come assegnataria di un'area, concessa in diritto di superficie, sulla quale essa ha provveduto alla realizzazione del reparto cimiteriale riservato e separato, a sua cura e spese (sostenendo un investimento di oltre 300.000 €).

Tale convenzione prevedeva: "Il Centro Culturale Islamico si impegna ad accogliere nel proprio cimitero tutti i defunti di quella religione che lo desiderano, senza distinzione di sesso, censo, etnia o tradizione. Per i suddetti defunti saranno praticate indistintamente le condizioni contenute nel Regolamento comunale di Polizia Mortuaria e nelle tabelle allegate allo stesso".

Per fare fronte all'incremento della richiesta di sepolture islamiche, il Comune ha previsto l'inclusione nel reparto speciale islamico – appositamente ed opportunamente orientato ed organizzato secondo le esigenze della liturgia coranica – di un'ulteriore area di 912 mq.

In occasione di tale ampliamento, il Comune ha parzialmente modificato il contenuto della convenzione stipulata, prevedendo che: "Nel reparto speciale

islamico del Cimitero civico di Colognola sono accolti tutti i defunti di quella religione per i quali ne venga fatta richiesta e di cui venga attestata preventivamente la professione della fede islamica da parte del Centro Culturale Islamico di Bergamo senza distinzione di sesso, censo, etnia o tradizione, o appartenenza associativa. In mancanza dell'attestazione di cui al precedente comma, il Comune, su istanza degli aventi causa del defunto, potrà disporre l'ordinaria inumazione dello stesso nel campo comune del cimitero monumentale di Bergamo. Per tutti [i] defunti ammessi nel reparto cimiteriale islamico saranno praticate indistintamente le condizioni contenute nel Regolamento comunale di Polizia Mortuaria e nelle tabelle allegate allo stesso, fermo restando quanto stabilito nella presente convenzione come modificata.".

Tale modifica dell'art. 9 della Convenzione, avrebbe violato, secondo quanto asserito dalle associazioni islamiche ricorrenti, i principi costituzionali relativi al diritto di libertà dell'espressione religiosa, subordinando la sepoltura nel settore islamico all'attestazione della fede islamica demandata a un soggetto privato quale l'Associazione Centro Culturale Islamico Onlus, senza, peraltro, fissare criteri e/o vincoli.

Il provvedimento sarebbe, altresì, affetto da illogicità e contraddittorietà per aver limitato il diritto pienamente riconosciuto, nella formulazione originaria, di chi professi la fede islamica a trovare sepoltura nell'apposito settore cimiteriale.

Diritto che, secondo i ricorrenti, la stessa difesa del Centro culturale controinteressato avrebbe riconosciuto ricordando l'obiettivo perseguito nella sottoscrizione della convenzione e cioè il garantire la possibilità a qualsiasi musulmano, qualunque sia la sua tradizione, il suo paese di provenienza e la diversa forma di espressione religiosa, di ricevere adeguata sepoltura all'interno del reparto speciale.

L'organizzazione controinteressata, peraltro, giustifica l'avversata modifica della convenzione affermando che l'amministrazione avrebbe previsto la contestata "attestazione" di appartenenza del defunto alla fede musulmana al solo fine di scongiurare un utilizzo improprio del reparto cimiteriale riservato.

In sede cautelare – pur prendendo atto che detta certificazione sarebbe solo sostitutiva di un nulla osta informale già previsto da una prassi consolidata, e sarebbe stata demandata all'interlocutore "storico" del Comune (in passato unico soggetto rappresentativo della Comunità islamica e fin dal 2008 incaricato della costruzione e gestione dell'area destinata ad ospitare le sepolture dei fedeli) e pur ritenendo condivisibile l'obiettivo di migliorare il servizio funebre a favore dei soggetti di fede islamica e accettabile un sistema finalizzato ad evitare l'uso scorretto del reparto designato –, questo Tribunale ha ravvisato l'opportunità di sollecitare il riesame dell'avversata scelta operata dal Comune.

Ciò sulla scorta della considerazione che, se è ammissibile esigere che nell'istanza di sepoltura sia dichiarata, a scopo certificatorio, la fede professata in vita, è parso discriminatorio riservare la potestà esclusiva in argomento in capo ad un'unica associazione privata (e non anche a quelle nate dopo la stipula della convenzione del 2008), pur se autorevole, rappresentativa e titolata.

Pertanto, si è ritenuto che proprio l'invocato principio di libertà religiosa non potesse precludere la possibilità che una dichiarazione del tenore di quella richiesta provenga sia da altre Associazioni o gruppi religiosi, che da parte delle stesse famiglie interessate, ferma restando la possibilità, nel perseguimento dell'interesse pubblico, di procedere alla verifica dell'utilizzo congruo del reparto cimiteriale mediante altri accorgimenti, quale, a mero titolo esemplificativo, una revisione "a posteriori", potenzialmente affidabile alla concessionaria controinteressata, in un'ottica di buon andamento generale del servizio.

In ragione di tutto ciò, al Comune di Bergamo è stato ordinato di provvedere a riesaminare la previsione regolamentare contestata, e a rielaborare il testo oggetto di causa, coniugando i principi di libertà religiosa con le indefettibili necessità organizzative, anche mediante accoglimento dei suggerimenti costruttivi dei soggetti interessati (Associazioni islamiche del territorio) e fermi restando i contraenti del rapporto convenzionale.

Il Comune ha, quindi, provveduto a redigere un nuovo testo della clausola, che è stato sottoposto all'esame del Centro Culturale Islamico, il quale, dopo lungo silenzio, ha ritenuto il testo non "accettabile per l'assoluta genericità sia dell'obbligo di comunicazione delle sepolture da parte del Comune al Centro, sia per la mancata previsione delle conseguenze dell'omessa o ritardata comunicazione e di concreti strumenti di controllo in capo al Centro".

Successivamente a ulteriori interlocuzioni, il 5 dicembre 2018, la Giunta comunale ha adottato il nuovo testo dei commi I e IV dell'art. 9 della convenzione, in adempimento alle disposizioni del Collegio, specificando che esso potrà modificare la convenzione solo a seguito della sua accettazione da parte del Centro stesso.

Secondo il Comune, data l'adozione delle modifiche nel senso indicato da questo Tribunale, oltre al *periculum* sarebbe venuto meno anche il *fumus* per la concessione della richiesta misura cautelare.

Il Centro Islamico, invece, dopo aver eccepito il difetto di legittimazione in capo agli odierni ricorrenti, che non sono parti della convenzione oggetto del contendere, ha difeso la legittimità della clausola convenzionale avversata, introdotta per bilanciare la modifica principale, comportante una rinuncia dello stesso alla gestione diretta del reparto islamico del cimitero, a fronte della facoltà di verificare a priori l'utilizzo congruo del reparto, costruito con

oneri a carico dello stesso. Ciò che il Centro ha preteso e pretende, dunque, è di mantenere il controllo sull'uso del cimitero dallo stesso realizzato.

Esso ha eccepito, peraltro, anche la carenza di potere, in capo a questo Tribunale, in ordine alla possibilità di modificare la convenzione annullandone o sostituendone una clausola.

Il Tribunale ha, però, ritenuto che, al contrario, sussistessero i presupposti per la sospensione degli effetti del provvedimento impugnato.

In vista dell'udienza pubblica, fissata per la trattazione del merito del ricorso, [la] parte ricorrente ha ribadito come il punto di debolezza della modifica apportata all'art. 9 della convenzione con cui è stato costituito il diritto di superficie strumentale alla realizzazione del cimitero islamico sia rappresentato dal subordinare la sepoltura in tale porzione di cimitero (prima rimessa alla sola richiesta dei familiari o alle disposizioni del defunto) all'acquisizione di un preventivo "attestato di fede" rilasciato a insindacabile giudizio di un'associazione privata cui sarebbe, dunque, riconosciuto il diritto di valutare le modalità in cui il credo religioso è stato coltivato e praticato dal defunto e, quindi, di incidere sull'esercizio del diritto alla libertà dell'espressione religiosa.

I ricorrenti hanno, quindi, sostenuto la piena legittimità e rispondenza ai principi costituzionali dell'ulteriore modifica all'art. 9 in questione predisposta dal Comune in esecuzione dell'ordinanza propulsiva di questo Tribunale, ma rimasta lettera morta per la indisponibilità del Centro culturale islamico alla modifica della convenzione in tal senso (e cioè subordinando la sepoltura ad una dichiarazione sostitutiva di atto notorio dei familiari, attestante la fede islamica).

Il Comune si è limitato ad eccepire la sopravvenuta cessazione della materia del contendere.

Alla pubblica udienza dell'11 aprile 2019, la causa, su conforme richiesta dei procuratori delle parti, è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Deve essere preliminarmente affermata la sussistenza della legittimazione degli odierni ricorrenti alla proposizione del ricorso, atteso che oggetto di esso non è la regolazione dei rapporti contrattuali intercorrenti tra Comune e controinteressato, ma la legittimità del provvedimento amministrativo sulla scorta del quale il primo ha ritenuto rispondente all'interesse pubblico la modifica della convenzione stipulata con il Centro culturale islamico nel senso avversato da parte ricorrente. Pertanto, data la natura di terzi interessati rivestita dai ricorrenti, la loro legittimazione deve ritenersi sussistere, dal momento che oggetto del controvertere è un atto provvedimentale, soggetto al regime proprio dei provvedimenti amministrativi anche in ordine alla possibilità di impugnazione da parte dei terzi che lamentano, come nella fattispecie, una

lesione della propria sfera giuridica derivante dalla adozione dello stesso.

Per le medesime ragioni deve anche ravvisarsi la giurisdizione di questo Tribunale, chiamato a pronunciarsi non in ordine al potere di modificare la convenzione in essere tra il Comune e il Centro islamico controinteressato, bensì circa la legittimità della scelta operata dal Comune di attribuire alla convenzione stessa un contenuto in parte non conforme alla Costituzione, prima ancora che all'interesse pubblico perseguito.

Come chiarito da Cons. Stato, sez. VI, 17 marzo 2010 n. 1554, "Il fatto che il provvedimento di annullamento o revoca di atti dell'aggiudicazione incida (secondo il tradizionale collegamento fra provvedimento e contratto ricorrente nelle procedure di evidenza pubblica) su un vincolo contrattuale eventualmente già formato non modifica la natura sostanziale del potere esercitato, che si sostanzia nel riesame del provvedimento di aggiudicazione e non nell'esercizio di un presunto diritto di recesso (in realtà inesistente e non prospettato dall'amministrazione) e, conseguentemente, non determina il venir meno, sul resto della domanda di annullamento e risarcimento, della giurisdizione del giudice amministrativo essendo in questione la serie procedimentale degli atti di evidenza pubblica (sia pure nel prisma del potere di controllo sugli stessi) ed al limite l'indennizzo da revoca (su cui c'è giurisdizione esclusiva ai sensi dell'art. 21 *quinquies* della legge n. 241 d[e]l 1990) o il risarcimento da annullamento dell'atto di autotutela (spettante alla cognizione del g.a come qualsiasi azione risarcitoria da lesione di interessi legittimi).". Analogamente deve, dunque, ritenersi sussistere la giurisdizione del giudice amministrativo rispetto alla valutazione delle legittimità del provvedimento con cui l'Amministrazione ha modificato il contenuto di una convenzione, incidendo, in tal modo, sui diritti dei terzi colpiti dagli effetti di essa e per ciò stesso, come già detto, legittimati alla sua impugnazione.

Con deliberazione della Giunta comunale di Bergamo n. 718-18 del 10 maggio 2018, infatti, è stata disposta la modificazione dell'art. 9 della convenzione disciplinante la gestione del reparto speciale islamico del cimitero cittadino, subordinando la sepoltura in esso all'attestazione preventiva della professione di fede islamica da parte del Centro Culturale Islamico di Bergamo.

In sede cautelare, il Collegio ha ritenuto che tale contenuto della convenzione integrasse una previsione convenzionale in contrasto con i principi costituzionali che garantiscono la libertà religiosa, attribuendo il potere di condizionare la sepoltura secondo il credo religioso a un'associazione privata cui è stato demandato un accertamento di effettiva pratica della fede, che non trova fondamento né nella legislazione, né tantomeno nei principi costituzionali.

Per tali ragioni, questo Tribunale ha adottato un'ordinanza propulsiva, sulla scorta della quale il Comune ha provveduto a predisporre una versione mo-

dificata di tale previsione, subordinando la sepoltura a un'autocertificazione della famiglia del defunto circa l'appartenenza alla fede islamica.

Si è ritenuto, però, che in tal modo, il Comune abbia solo apparentemente dato esecuzione all'ordinanza n. 342/2018, la quale imponeva la riedizione del potere in modo tale da addivenire al risultato finale dell'eliminazione della clausola pattizia non rispettosa della libertà religiosa. Riedizione che, al fine di superare il profilo di illegittimità individuato già nel precedente provvedimento cautelare, avrebbe dovuto comportare la revoca della precedente deliberazione e la conseguente modifica della convenzione sottoscritta nel maggio 2018, in quanto lesiva delle libertà di cui i ricorrenti hanno richiesto la tutela, riportandola al testo originario.

La scelta del Comune di non procedere in tal senso e di provvedere solo a formulare una nuova proposta di modifica dell'art. 9 della convenzione avversato da parte ricorrente, ha, di fatto, determinato l'effetto del permanere dell'efficacia di quest'ultima, visto il rifiuto del Centro islamico di sottoscrivere il testo che il Comune ha "proposto" di modificare.

Per tali ragioni, questo Tribunale ha concesso la richiesta misura cautelare e sospeso l'efficacia della deliberazione impugnata e, conseguentemente, della modifica della convenzione apportata con l'atto n. 3478 del 16 maggio 2018, fino alla definizione della controversia nel merito.

E per le stesse ragioni non può essere ravvisata la eccepita, da parte del Comune, cessazione della materia del contendere.

È pur vero, infatti, che, come ricordato nella memoria del Comune, quella di parte ricorrente contiene l'affermazione per cui "il testo dell'art. 9 così come rielaborato dall'Amministrazione Comunale a seguito dell'indicazione di codesto Tribunale persegua l'interesse pubblico di dare corretta applicazione alla previsione normativa di cui all'art. 100 del D.P.R. n. 285/1990 coniugando al tempo stesso il rispetto dei principi di libertà religiosa costituzionalmente garantiti con le esigenze di carattere organizzativo e logistico.".

La frase, però, non può essere estrapolata dal suo contesto e valutata, nella sua rilevanza, a prescindere dal periodo successivo, che chiarisce come: "Necessita, pertanto, che l'Amministrazione Comunale adotti formalmente tale testo con una nuova deliberazione ovviamente non condizionata al parere di alcuno stante la rilevanza dei principi giuridici oggetto di tutela.".

La sopra descritta necessità scaturisce direttamente dal punto 2 del deliberato della deliberazione n. 514-18 del 6 dicembre 2018, nel quale si legge "di dare atto che il testo dell'art. 9 della convenzione, quale viene qui riadattato secondo quanto precede e per i motivi esposti, costituisce una mera proposta dell'Amministrazione".

Sebbene, dunque, possa affermarsi la legittimità di tale deliberazione, che,

nel rispetto dei principi civilistici che regolano il rapporto contrattuale, dà atto della natura meramente propositiva e non dispositiva rispetto al contenuto della convenzione in essere con il Centro islamico controinteressato, proprio per tale ragione essa risulta del tutto inutile al fine di superare l'illegittimità dell'esercizio del potere pubblico operata dal Comune nell'adottare la deliberazione del 10 maggio 2018, n. 0178-18 REG. G. C. e N. 0174-18 Prop.Del, nella parte destinata a modificare l'art. 9 della Convenzione sottoscritta nel 2008.

Il ricorso merita, dunque, positivo apprezzamento.

La scelta operata dal Comune, nell'esercizio del proprio potere regolatorio del servizio funerario, di apportare all'atto n. 2860 Rep. Mun. del 16 settembre 2008 le modificazioni e integrazioni previste dal testo allegato alla deliberazione 178-18, risulta, infatti, essere in contrasto con i principi costituzionali che garantiscono la libertà di religione e della sua professione. Libertà che risulta chiaramente incisa nel momento in cui la possibilità di accedere al rito funebre islamico per il deceduto, è subordinata all'acquisizione, da parte dei parenti, di una certificazione attestante la fede islamica dello stesso, rilasciata da un soggetto privo di alcuna legittimazione in tal senso, trattandosi di una mera associazione privata.

Deve, dunque, per tali ragioni, essere annullata la deliberazione con cui il Comune ha ritenuto di poter modificare l'art. 9 della Convenzione in essere con il Centro islamico, subordinando la sepoltura a tale condizione, con conseguente effetto caducante sul nuovo testo convenzionale sottoscritto.

Come chiarito dalla giurisprudenza, infatti, l'annullamento, disposto in autotutela e, a maggior ragione, conseguente a una pronuncia del giudice amministrativo, incidendo su un atto che costituisce l'indefettibile presupposto logico-giuridico della stipulazione della convenzione, non può che determinare la caducazione dell'accordo contrattuale. Tanto che potrebbe essere ipotizzata anche la nullità originaria dell'accordo per impossibilità dell'oggetto, una volta venuto meno il deliberato preliminare.

L'effetto caducante ricorre, dunque, ogni volta che lo stesso atto presupposto sia condizione imprescindibile di esistenza del solo atto presupponente, la cui sopravvivenza risulta pregiudicata dall'eliminazione di quello (così TAR Pescara, n. 18/2019, in cui sono richiamate le sentenze del Consiglio Stato, sez. VI, 23 dicembre 2008, n. 6520 e sez. IV, 27 marzo 2009, n. 1869).

Condizione che risulta ricorrere a pieno nella fattispecie, con la conseguenza che deve precisarsi come l'annullamento (disposto per le suddette ragioni) della deliberazione 178-18 comporti l'effetto caducante della modificazione della convenzione sottoscritta dal Comune e dal Centro islamico, con conseguente ripristino dell'efficacia del testo della convenzione sottoscritto nel

2008, dovendosi ritenere *tamquam non esset* ogni successiva modificazione apportata con l'atto annullato. Ciò anche in considerazione dell'inefficacia dell'ulteriore modificazione proposta dal Comune il 6 dicembre 2018, che solo con l'approvazione del Centro islamico potrà innovare al testo del più volte citato art. 9 della Convenzione nei termini da essa previsti.

(…).

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla l'atto impugnato, dando atto dell'effetto caducante sulla correlata modifica convenzionale.

(…)

Diritto alla sepoltura nei reparti speciali e attestazione di fede.

Silvia Baldassarre

Sommario: *1. Gli antefatti – 2. L'iter argomentativo e la decisione – 3. L'attestazione di fede: un mero pro forma? – 4. Reparti speciali: fatti e norme – 5. Considerazioni conclusive. Gli antefatti*

1. Gli antefatti

Nella sentenza che si annota il Tar Lombardia ha annullato la delibera del Comune di Bergamo che subordinava l'accesso alla sepoltura dei defunti islamici nel reparto speciale a loro dedicato alla previa attestazione di fede da parte del Centro Culturale Islamico O.N.L.U.S. Il Tar ha ritenuto tale attestazione in contrasto con i principî costituzionali a garanzia della libertà religiosa e della sua professione.

Gli antefatti della pronuncia del giudice amministrativo sono i seguenti: in base ad una convenzione stipulata nel 2008 tra il Comune di Bergamo e il Centro Culturale Islamico quest'ultimo risultava assegnatario di un'area nel cimitero di Colognola, concessa in diritto di superficie, per la realizzazione a sue spese del reparto islamico[1].

Con tale atto il Centro si impegnava ad "accogliere nel proprio cimitero tutti i defunti di quella religione che lo desiderano, senza distinzione di sesso,

[1] La realizzazione di reparti cimiteriali speciali per chi professa un culto diverso dal cattolico è prevista dall'art. 100, comma 1, del D.p.r. 10 settembre 1990, n. 285 e dai Regolamenti di polizia mortuaria e dei servizi cimiteriali dei Comuni. Il Regolamento di polizia mortuaria e dei servizi cimiteriali del comune di Bergamo (seconda stesura approvata dal Consiglio comunale con deliberazione n. 14 reg./49-2011 prop. del. nella seduta del 30/01/2012, modificato con deliberazione consiliare n. 151 reg./69 prop. del. nella seduta del 07/11/2016) prevede nei cimiteri comunali tre reparti speciali: quello islamico nel cimitero di Colognola (art. 37, lettera J), quello della Comunità cristiano Evangelica (art. 36, lettera n) e quello dei Testimoni di Geova (art. 36, lettera o), entrambi nel cimitero monumentale. In proposito cfr. Francesco Ricciardi Celsi, *Pluralismo religioso, multiculturalismo e resilienza urbana: profili di diritto ecclesiastico*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 12 del 3 aprile 2017, p. 22; Raffaele Botta, *Manuale di diritto ecclesiastico. Società civile e società religiosa nell'età della crisi,* Giappichelli, Torino, 2012, pp. 221-222.

censo, etnia o tradizione"[2].

Va rilevato che nel periodo in cui è stata stipulata la convenzione tale associazione risultava essere il principale soggetto rappresentativo della comunità islamica nel territorio municipale. Il notevole incremento della presenza islamica negli anni successivi ha favorito la nascita di nuove associazioni, variamente interpreti del complesso fenomeno islamico nelle sue molteplici diramazioni; parallelamente si è determinato un inevitabile accrescimento della richiesta di sepoltura dei defunti musulmani nel reparto speciale[3]. In risposta alla mutata situazione, l'Amministrazione comunale di Bergamo ha accordato l'ampliamento del cimitero islamico mediante l'inclusione di un'ulteriore area di 912 mq e in tale occasione ha deliberato una parziale modifica dell'art. 9 della Convenzione, prevedendo una clausola che subordina la sepoltura dei defunti alla previa attestazione della professione di fede da parte del Centro Culturale Islamico[4]. In mancanza di tale attestazione il Comune può disporre, su istanza degli aventi causa del defunto, l'ordinaria inumazione nel campo comune del cimitero monumentale di Bergamo[5].

La delibera di modifica dell'art. 9 della Convenzione recante la clausola di certificazione di fede è stata impugnata dinanzi al Tar da sei associazioni mu-

---

[2] Cfr. Tar Lombardia, Sez. II n. 383 del 20 aprile 2019, *Considerato in fatto*.

[3] Il rito della sepoltura islamica prevede pratiche del tutto peculiari che possono variare a seconda della tradizione seguita. La fonte della disciplina si rinviene principalmente nella Sunna e nelle consuetudini popolari. Subito dopo la morte il corpo del defunto deve essere lavato per essere purificato e a tal fine la salma viene distesa con la testa rivolta verso la Mecca (*Qibla*). Sono i musulmani dello stesso sesso legati da parentela o amicizia a provvedere alla purificazione della salma lavandola un numero dispari di volte. Successivamente viene recitata una preghiera collettiva e la salma viene trasportata avvolta in un numero dispari di sudari (3 per gli uomini, 5 per le donne) prima possibile nel cimitero ove viene deposta sul fianco destro e rivolta verso la Mecca. Il corpo deve essere integro per ricongiungersi con l'anima ed è per questo che nell'Islam è vietata la cremazione. Secondo la tradizione il seppellimento deve avvenire senza bara (a tal proposito l'art. 75 D.p.r. 285/90 prevede che "L'impiego di materiale biodegradabile diverso dal legno deve essere autorizzato con decreto del Ministro della sanità, sentito il Consiglio superiore di sanità"). Per approfondimenti si veda Silvia Angeletti, *Le attività delle Comunità islamiche a livello locale. Alcune considerazioni alla luce dei risultati della ricerca*, in *Comunità islamiche in Italia. Identità e forme giuridiche,* a cura di Carlo Cardia e Giuseppe Dalla Torre, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 166-167.

[4] Deliberazione della Giunta comunale di Bergamo del 10 maggio 2018, n. 0178-18 Reg. G. C. e n. 0174-18 prop. del, avente a oggetto la modifica e l'integrazione dell'atto n. 2860 rep. mun. del 16 settembre 2008, di "Costituzione del diritto di superficie di area cimiteriale situata in via per Azzaro da destinare alla formazione di un reparto speciale per la sepoltura dei defunti di religione islamica".

[5] L'Art. 9 come modificato: "Nel reparto speciale islamico del Cimitero civico di Colognola sono accolti tutti i defunti di quella religione per i quali ne venga fatta richiesta e di cui venga attestata preventivamente la professione della fede islamica da parte del Centro Culturale Islamico di Bergamo senza distinzione di sesso, censo, etnia o tradizione, o appartenenza associativa. In mancanza dell'attestazione di cui al precedente comma, il Comune, su istanza degli aventi causa del defunto, potrà disporre l'ordinaria inumazione dello stesso nel campo comune del cimitero monumentale di Bergamo".

sulmane bergamasche[6], le quali lamentavano la lesione della libertà religiosa; veniva altresì contestata l'illogicità e la contraddittorietà del provvedimento, avendo esso introdotto una limitazione del diritto alla sepoltura assente nell'originaria convenzione che riconosceva l'accesso nel reparto speciale a *tutti* i defunti islamici senza distinzione.

2. *L'iter argomentativo e la decisione*

Va rilevato che in sede cautelare il Tribunale, riscontrando la contrarietà della clausola in oggetto rispetto ai diritti scaturenti dalla libertà religiosa, ne aveva ordinato il riesame. Al fine di adeguarsi all'ordinanza cautelare, il Comune aveva proposto una nuova formulazione in base alla quale la sepoltura veniva subordinata ad un'autocertificazione dell'appartenenza confessionale da parte della famiglia del defunto. Il Centro Culturale Islamico, tuttavia, ha rifiutato di sottoscrivere la proposta di modifica, considerandola non "accettabile per l'assoluta genericità sia dell'obbligo di comunicazione delle sepolture da parte del Comune al Centro, sia per la mancata previsione delle conseguenze dell'omessa o ritardata comunicazione e di concreti strumenti di controllo in capo al Centro".

La nuova formulazione proposta, sebbene conforme al principio di libertà religiosa come rilevato dal Tribunale, ha costituito di fatto solo un apparente adempimento dell'ordinanza cautelare[7], la quale imponeva la revoca della precedente delibera e la conseguente eliminazione della clausola avversata. Detta clausola invece, a fronte del rifiuto del Centro Culturale di sottoscrivere il nuovo testo, rimaneva pienamente efficace.

Il Tar pertanto ha annullato la deliberazione, con conseguente effetto caducante sul nuovo testo convenzionale, e ha disposto il ripristino dell'efficacia dell'originaria convenzione sottoscritta nel 2008, dovendosi ritenere qualunque modifica apportata con l'atto annullato *tamquam non esset*. L'annullamento deriva dal considerare lesivo della libertà garantita dall'art. 19 Cost. il vincolo della subordinazione della sepoltura all'attestazione di fede certificata da una persona giuridica privata, carente di legittimazione in tal senso.

---

[6] Associazione Musulmani di Bergamo, Associazione Organizzazione di Volontariato dell'Associazione Toubkal; Associazione Culturale di Volontariato Al-Huda, Associazione Muslim Young Bergamo Generation, Associazione Berghemigrati, Comunità islamica di Bergamo.

[7] Tar Lombardia, Ordinanza n. 342 del 2018.

3. L'attestazione di fede: un mero pro forma?

L'attestazione di fede finalizzata all'accesso dei defunti ai reparti speciali non contrasta di per sé col dettato costituzionale; secondo il Tar infatti "(…) è ammissibile esigere che nell'istanza di sepoltura sia dichiarata, a scopo certificatorio, la fede professata in vita".

Del resto la *ratio* stessa della realizzazione dei reparti *speciali* si rinviene nell'esigenza di garantire ai fedeli delle diverse confessioni spazi idonei per essere accolti *post mortem*. In quanto spazi riservati, la prassi consolidata consiste nell'accertare che il richiedente appartenga effettivamente alla confessione di riferimento. In tale ottica anche il Regolamento per il servizio mortuario e dei cimiteri del Comune di Torino stabilisce al punto 5 dell'art. 30: "L'appartenenza a comunità straniera, o culto diverso da quello cattolico, o similari, per l'ammissione nei reparti speciali è attestata dal rappresentante pro-tempore della relativa comunità, il cui nominativo è comunicato alla Città o al soggetto gestore in caso di variazione. Il rilascio di detta attestazione in qualsiasi forma non può costituire lucro o speculazione a favore della Comunità medesima"[8]. Anche nel Comune di Biella la Carta dei servizi cimiteriali prevede il consenso del responsabile della comunità religiosa prescelta[9].

Il Tar ritiene ammissibili altresì, nell'interesse del buon andamento generale del servizio, eventuali "verifiche a posteriori" affidate alla concessionaria per assicurare il congruo e corretto uso del reparto speciale.

Il *punctum dolens* della questione si ravvisa allora nel circoscrivere ad una sola associazione, seppur "autorevole, rappresentativa e titolata"[10] la potestà esclusiva nell'attribuzione dell'identità confessionale islamica, potestà che invece dovrebbe spettare anche a tutte le altre associazioni costituitesi dopo il 2008, a tutti i gruppi religiosi islamici e *in primis* ai congiunti del defunto nel rispetto delle sue convinzioni religiose. Riservare all'assoluta discrezionalità del Centro Culturale Islamico la certificazione confessionale per l'accesso al reparto implica il riconoscimento di un suo monopolio sulla libertà di coscienza dei defunti, sull'"ortodossia" della loro professione di fede islamica, su una presunta identità musulmana univocamente definita, a scapito dell'intrinseca pluralità di tradizioni di tale monoteismo. Questa riserva esclusiva, peraltro

---

[8] Disponibile in www.comune.torino.it.

[9] Cfr. *Carta dei servizi cimiteriali*, p. 17, in www.comunebiella.it.

[10] Tar Lombardia, Sezione Distaccata di Brescia, 28 dicembre 2013, n. 1176, punto 17, "(…) la stipula di una convenzione deve ritenersi richiesta (…) non già semplicemente per essere presi in considerazione come realtà sociale ai fini della programmazione dei servizi religiosi, perché a pensarla altrimenti ogni Comune potrebbe scegliere in modo discrezionale di promuovere o avversare una qualche confessione religiosa rispetto ad altre", disponibile in www.giustizia-amministrativa.it.

priva di criteri o vincoli, è idonea dunque a determinare una discriminazione su base religiosa nel caso di diniego dell'attestato.

Risulta inoltre irrilevante ai fini dell'attribuzione al Centro di una simile potestà la circostanza che il reparto islamico sia stato realizzato a sue cure e spese, poiché si tratta di un'area di un cimitero pubblico concessa ad un privato per esigenze specifiche di una confessione e per un determinato periodo[11]. Il cimitero resta dunque pubblico[12] e come tale non si può consentire un trattamento discriminatorio tra gli appartenenti alla stessa confessione. Al contrario, come nella presente fattispecie, se l'ente pubblico accorda convenzionalmente il potere certificatorio ad una sola associazione, implicitamente parteggia per una determinata corrente religiosa, avallando un giudizio di merito sul contenuto di fede, che, per il principio di separazione degli ordini, non compete ad una pubblica amministrazione, ma rientra nella sfera spirituale e più precipuamente nella sfera soggettiva del singolo[13]. In altre parole mentre il diritto di sepoltura in luoghi e con pratiche conformi al proprio credo rientra pienamente nel diritto di libertà religiosa, non altrettanto legittima è la pretesa di selezionare all'interno di una confessione modi e forme del suo credo e della sua professione.

---

[11] Circolare del Ministero della Sanità, n. 10 del 31.7.1998, paragrafo 8, *Usanze funebri in reparti speciali entro i cimiteri*: "Nel caso di aree cimiteriali destinate a sepoltura dei cadaveri professanti un culto diverso da quello cattolico, il tempo ordinario di inumazione è di dieci anni. Laddove siano richiesti periodi superiori (talune usanze non prevedono esumazione ordinaria) occorre concedere, in via onerosa per i richiedenti, l'area per una durata non superiore a novantanove anni, rinnovabile".

[12] I cimiteri comunali sono soggetti, *ex* art. 824 cc., al regime giuridico del demanio pubblico e come tali sono inalienabili. Il Tar Lombardia, Sez. II, nella sentenza n. 1659 del 30 aprile 2010, punto 10, ha affermato che "la cessione di un diritto al sepolcro (…) va in astratto configurata come voltura di concessione demaniale". Si tratta dunque di una concessione amministrativa per un determinato periodo che ha natura traslativa di un'area di terreno di un cimitero pubblico e che crea in capo al privato concessionario un diritto soggettivo assimilabile al diritto di superficie. Nello stesso senso si vedano anche: Tribunale di L'Aquila, Sez. Civile, 27 settembre 2010: "la vendita dei loculi cimiteriali è vietata, in quanto i cimiteri sono soggetti a regime dei beni demaniali e, quindi, sono inalienabili. La normativa, a partire dal 1865 fino all'attuale D.p.r. 10.09.1990 n. 285, considera soltanto la ipotesi di concessione del diritto di uso dell'area demaniale ai fini della costruzione del sepolcro (…)"; Cass. civ. sez. II^a, 25 maggio 1983, n. 3607; Tar Calabria, 26 gennaio, 2010, n. 26; Tar Sicilia, Catania, sez. III^a, 24 dicembre 1997, n. 2675; Tar Puglia, Bari, sez. I^a, 1 giugno 1994, n. 989; Tar Lombardia, Brescia, 30 aprile 2010, n. 1659.

[13] "Lo Stato non ha alcuno strumento legittimo e nessun potere in merito alla definizione di ciò che è e ciò che non è religione; ogni tentativo in questa direzione non può che urtare contro l'intero elenco dei princìpi costituzionali, a partire da quello della laicità e del pluralismo, per arrivare a quello della tutela delle minoranze", cfr. Roberto Bin, *Libertà dalla religione*, in Aa.Vv., *I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di R. Bin e C. Pinelli, Torino, Giappichelli, 1996, p. 43.

4. Reparti speciali: fatti e norme

Esaminando la questione da un punto prospettico più ampio bisogna considerare che la concreta attuazione del disposto dell'art. 100.1 D.p.r. 285/90 (reparti speciali) non è sempre pacifica. La cospicua presenza islamica[14] in Italia interroga l'ordinamento e lo sollecita a cercare nuovi strumenti che si coniughino con realtà prima non contemplate[15]. Tale ricerca presuppone *in*

---

[14] La Fondazione Ismu – Iniziative e Studi sulla Multietnicità ha stimato che nel 2018 gli islamici presenti in Italia erano oltre 2.624.000 (1.159.000 con cittadinanza italiana e 1.465.000 con cittadinanza straniera), con una distribuzione regionale più alta percentualmente nel Centro-Nord, in particolare in Lombardia, Emilia Romagna, Valle D'Aosta, Trentino Alto Adige, Sicilia, Piemonte, Marche, Umbria. I musulmani rappresentano attualmente il 30,1% degli stranieri residenti in Italia (nel 2018 erano il 28,2%), al secondo posto i cristiani ortodossi (29,7%, pari a un milione e 560mila), in terza posizione i cattolici (18,6%, pari a 977mila). L'Ismu ha poi stimato la presenza di 183mila (pari al 3,5% sul totale degli stranieri residenti) cristiani evangelici, 136mila (2,6%) buddisti, 114mila induisti (2,2%), 80mila (1,5%) persone di altre fedi cristiane, 49mila sikh (0,9%), 16mila (0,3%) copti, cfr. www.ismu.org. Per approfondimenti sulla condizione giuridica dell'Islam in Italia vi è ampia bibliografia. Cfr. tra gli altri Aa.Vv, *Comunità islamiche in Italia. Identità e forme giuridiche, op. cit*; Nicola Fiorita, *Possibili soluzioni normative alle esigenze del culto islamico*, in *Coscienza e Libertà*, 37/2003, pp. 106-123; Alessandro Ferrari, *Libertà religiosa e nuove presenze confessionali (ortodossi e islamici): tra cieca deregulation e super-specialità, ovvero del difficile spazio per la differenza religiosa*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), luglio 2011; Id., a cura di, *Islam in Europa/Islam in Italia tra diritto e società*, Il Mulino, Bologna, 2008; Roberta Aluffi, *Il diritto islamico,* in Silvio Ferrari, *Introduzione al diritto comparato delle religioni*, (pp.173-226), Il Mulino, Bologna, 2008; Anna Sveva Mancuso, *La presenza islamica in Italia: forme di organizzazione, profili problematici e rapporti con le istituzioni,* in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), 29 ottobre 2012; Giuseppe Casuscelli, *Le proposte d'intesa e l'ordinamento giuridico italiano. Emigrare per Allah/emigrare con Allah*, in Silvio Ferrari, a cura di, Musulmani in Italia. La condizione giuridica delle comunità islamiche, Bologna, 2000; Marco Croce, *Preparativi all'intesa con l'Islam?*, in www.lacostituzione.info, 7 febbraio 2017; Andrea Pin, *Laicità e Islam nell'ordinamento italiano,* Cedam, Padova, 2010; Onorato Bucci, a cura di, *Musulmani in Italia. La condizione giuridica delle comunità islamiche*, Il Mulino, Bologna, 2008; Raffaele Botta, *La condizione degli appartenenti a gruppi religiosi di più recente insediamento in Italia,* in *Dir. eccl.,* 2001, 1, p. 362 ss; Stefano Allievi, *Islam italiano. Viaggio nella seconda religione del paese,* Einaudi, Torino, 2003; Id., *Islam italiano e società nazionale,* in Alessandro Ferrari, (a cura di), *Islam in Europa/Islam in Italia tra diritto e* società, Il Mulino, Bologna, 2008; Carlo Cardia, *Le sfide della laicità. Etica, multiculturalismo, Islam,* San Paolo, Cinisello Balsamo (Milano), 2007; Isabella Bolgiani, *Regioni e fattore religioso. Analisi e prospettive normative*, Vita e pensiero, *Islam e sistema delle fonti in Italia*, in Comunità islamiche in Italia, cit., pp. 45-70, Giuseppe Rivetti, *Islam- Occidente. Nuove identità religiose*, in *Religione, cultura e diritto tra globale e locale*, a cura di Paolo Picozza, Giuseppe Rivetti, Giuffrè, Milano, 2007; Marco Parisi, *Problematiche normative della presenza islamica nello spazio sociale italiano e europeo. Le difficoltà del pluralismo confessionale nel modello di laicità contemporaneo*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), 2013; Giovanni Cimbalo, *L'esperienza dell'Islam nell'Est Europa come contributo a una regolamentazione condivisa della libertà religiosa in Italia,* in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), 2008.

[15] Anche in altri ordinamenti europei si è posta da tempo la questione dei servizi funebri per i musulmani. Le soluzioni adottate, pur nella loro eterogeneità, privilegiano la prassi di riservare zone specifiche per la sepoltura dei defunti musulmani. Questo orientamento è presente in Portogallo,

primis un processo di adeguamento della "mentalità sociale" ai cambiamenti, il cui *iter* evolutivo potrebbe essere accelerato non solo dal diritto, ma anche da politiche migratorie fondate su strategie organiche. Prevale invece un ventaglio di soluzioni spesso contraddittorie e disomogenee[16] che hanno come effetto collaterale il persistere, in una parte rilevante della società, di un "rifiuto" e di pregiudizi[17] verso chi professa fedi diverse da quelle tradizionalmente conosciute e quindi socialmente metabolizzate[18].

Significativa in tal senso è la proposta di indizione di *referendum* presentata da un Comitato costituito da alcuni gruppi consiliari del Comune di Fossano (Cuneo) per consultare i cittadini sulla volontà di mantenere attiva la sezione speciale islamica del cimitero comunale. Il quesito referendario era così formulato: "Siete favorevoli che rimanga anche per il futuro attiva la sezione speciale del cimitero urbano riservata ai defunti appartenenti a culti diversi da quello cattolico, progettata rispettando i dettami della religione musulmana, senza

---

Regno Unito, Romania, Spagna, Belgio, Francia ove, alla regola della neutralità dei cimiteri, è stata prevista dal 2008 una deroga che consente di realizzare il *carré musulman* (cfr. *Circulaire du Ministère de l'intérieur du 19 Février 2008 relative à la Police des lieux de sépulture*, disponibile www.amf.asso.fr). Per approfondimenti si veda Laura De Gregorio, *Il Trattamento giuridico della minoranza islamica in Europa. Tavola sinottica*, marzo 2005, pp. 8, 9, in www.olir.it; Brigitte Barèges, *La laïcité à l'œuvre et à l'épreuve*, Presses de l'Université Toulouse 1 capitole, 2017, p. 75 ss.

[16] Un quadro normativo frammentato – soprattutto dopo la riforma del Titolo V che ha conferito alle Regioni la possibilità di legiferare in materia di Polizia Mortuaria –, in norme statali, regionali e comunali che hanno reso poco armonica e disorganica la materia. La prima legge intervenuta in materia è stata quella della regione Lombardia n. 22 del 2003.

[17] Un'approfondita analisi sulla distorta percezione occidentale che identifica l'Islam con il terrorismo è compiuta da Pierluigi Consorti, *Libertà religiosa nel terzo millennio: tra crisi di sicurezza e paura* in Saulle Panizza, Pierluigi Consorti, Francesco Dal Canto, a cura di, *Libertà di espressione e libertà religiosa in tempi di crisi economica e di rischi per la sicurezza,* Plus, Pisa, 2016.

[18] Ne è riprova la *vexata quaestio* relativa ai luoghi di culto islamici, indicati da alcuni *leader* politici come minaccia per la sicurezza e l'"identità" cattolica del popolo italiano. Tali argomenti vengono spesso artatamente costruiti e strumentalmente usati per accaparrarsi il consenso politico, facendo leva sull'emotività e sull'irrazionalità diffuse nella società specialmente in tempi di crisi.

Sul punto cfr. Marco Croce, *L'edilizia di culto tra libertà religiosa, limitazioni ragionevoli e competenze normative*, in *Quaderni costituzionali*, 2016, p. 365 ss.; Nicola Colaianni, *Alla ricerca di una politica del diritto sui rapporti con l'Islam (Carta dei valori e Dichiarazione di intenti)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), gennaio 2009; Gianfranco Macrì, *La libertà religiosa, i diritti delle comunità islamiche. Alcune considerazioni critiche su due progetti di legge in materia di moschee e imam,* in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 5 del 2018; Natascia Marchei, *Le nuove leggi regionali antimoschee,* in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale,* Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 25 del 2017; Andrea Bettetini, *La condizione giuridica dei luoghi di culto tra autoreferenzialità e principio di effettività*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1, 2010; Salvatore Berlingò, *Edifici di culto e legislazione civile*, in Aa.Vv, *Chiesa e Stato in Italia. Nuovi studi di diritto ecclesiastico*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2015; Marco Parisi, *Uguaglianza nella libertà delle confessioni religiose e diritto costituzionale ai luoghi di culto. In merito agli orientamenti della Consulta sulla legge regionale lombarda n. 2/2015*, in *Diritto & religioni*, n. 2, 2016.

mettere in discussione comunque la sepoltura già avvenuta[19] e mantenendo il cimitero ebraico esistente?". In risposta alla richiesta del Sindaco di Fossano la Direzione Centrale degli Affari dei culti del dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione del Ministero dell'interno (Nota del 23 febbraio 2011)[20] ha sottolineato che le modalità di formulazione del quesito presentano "potenziali profili discriminatori laddove propongono il mantenimento del cimitero ebraico mettendo, seppur latamente, in discussione il diritto dei fedeli islamici ad avere pari ed adeguati luoghi di sepoltura", diritto sancito e tutelato dal D.p.r. 285/1990 e da disposizioni costituzionali quali gli artt. 19 e 8 Cost.

Altrettanto significativa è l'omissione della dicitura "reparti speciali" riscontrabile nella legge della Regione Lombardia del 2019 in materia cimiteriale[21], il cui art. 75, comma 7 prevede che "Il comune, su richiesta di privati, associazioni o enti morali, può concedere in uso aree all'interno del cimitero per sepolture private, nel rispetto dei requisiti tecnici e igienico-sanitari. La concessione in uso di aree interne al cimitero deve sempre garantire la ricezione di cadaveri indipendentemente dal sesso, dall'etnia e dalla *professione religiosa*"[22]. La legge ha recepito l'emendamento presentato dal consigliere leghista Andrea Monti, finalizzato, come dichiarato dal proponente, ad arginare la creazione di reparti cimiteriali speciali – in particolare islamici – vanificando la loro *specialità* in quanto destinati ad accogliere tutti i defunti a prescindere dal credo. Tuttavia perplessità in merito alla formulazione di questa previsione normativa emergono se si considera che la realizzazione dei reparti speciali potrebbe essere resa necessaria da ragioni organizzative degli spazi cimiteriali al fine di rendere più agevole il soddisfacimento delle peculiari esigenze sottese alle diverse modalità tecniche di sepoltura.

Mutatis mutandis, decidendo in merito ad una differente fattispecie, il Tar

---

[19] Il comune di Cuneo aveva deliberato, in occasione della morte improvvisa di un ragazzo marocchino, una modifica al Piano regolatore cimiteriale disponendo la creazione di un'area per l'inumazione rivolta verso la Mecca destinata ai musulmani.

[20] Cfr. *L'esercizio della libertà religiosa in Italia*, Presidenza del Consiglio dei ministri, Ufficio del segretario generale, a cura di Anna Nardini, Iole Teresa Mucciconi, luglio 2013, in www.presidenzagoverno.it.

[21] Legge della Regione Lombardia 4 marzo 2019, n. 4, *Modifiche e integrazioni alla legge regionale 30 dicembre 2009, n. 33 (Testo unico delle leggi regionali in materia di sanità): abrogazione del Capo III "Norme in materia di attività e servizi necroscopici, funebri e cimiteriali" del Titolo VI e introduzione del Titolo VI bis, Norme in materia di medicina legale, Polizia Mortuaria, attività funebre*, BURL n. 10, suppl. del 08 marzo 2019. Il Governo ha impugnato la legge lombarda eccependo l'illegittimità costituzionale di molte sue disposizioni, tra le quali non compare il comma 7 dell'art. 75 suddetto, cfr. *Impugnativa* Legge della Regione Lombardia 4 marzo 2019, n. 4, 23/04/2019, Consiglio dei Ministri, www.affariregionali.gov.it.

[22] Corsivo aggiunto.

Lombardia, Sezione Distaccata di Brescia, 28 dicembre 2013, n. 1176 ha annullato la delibera di approvazione del Piano di Governo del Territorio del Comune di Brescia nella parte in cui omette di apprezzare per quanto riguarda la programmazione dei servizi religiosi, "(…) quali e quante realtà sociali espressione di religioni non cattoliche, in ispecie islamiche, esistano nel Comune, di valutare le loro istanze in termini di servizi religiosi e di decidere motivatamente se e in che misura esse possano essere soddisfatte nel Piano dei servizi"[23].

In questa cornice si inserisce un ulteriore profilo critico, costituito dal testo stesso dell'art. 100.1 "i piani regolatori *possono* prevedere reparti speciali"; la disposizione infatti sembrerebbe essere fraseggiata in termini di facoltà per l'amministrazione, ma così interpretata essa potrebbe essere sospettabile di incostituzionalità, dal momento che l'attuazione di un diritto scaturente da una libertà costituzionalmente garantita non può essere lasciata all'assoluta discrezionalità delle amministrazioni comunali[24].

Non è di aiuto nemmeno la legislazione sulla base di intese, dove, al contrario, si riscontrano incoerenze lessicali: infatti, per la Chiesa ortodossa, l'Unione Buddhista italiana e l'Unione Induista italiana si afferma che "Ove possibile, possono essere previste nei cimiteri aree riservate ai sensi della normativa vigente"[25]. Viceversa per la Chiesa di Gesù Cristo dei Santi degli Ultimi giorni viene sancito che i piani regolatori cimiteriali *devono* prevedere reparti speciali su richiesta della chiesa[26], e per l'Unione delle Comunità ebraiche italiane che "i piani regolatori cimiteriali prevedono su richiesta della comunità competente per territorio reparti speciali per la sepoltura di defunti ebrei"[27].

---

[23] Tar Lombardia, Sezione Distaccata di Brescia, 28 dicembre 2013, n. 1176, punto 19, disponibile in www.giustizia-amministrativa.it.

[24] Su tale problema si veda l'autorevole insegnamento di Andrea Orsi Battaglini, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1988, p. 3 ss.

[25] Cfr. art. 11.5 della legge 30 luglio 2012 n. 126, *Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e la Sacra arcidiocesi ortodossa d'Italia ed Esarcato per l'Europa Meridionale;* art. 9 della legge 31 dicembre 2012, n. 245, *Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e Unione Buddhista Italiana;* art. 10.2 della legge 31 dicembre 2012, n. 246, *Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e Unione Induista Italiana, Sanatana Dharma Samgha*. Anche con ultima intesa, ancora priva di legge di approvazione, tra il Governo e l'Associazione "Chiesa d'Inghilterra", prevede all'art. 12 che "Ove possibile, sono previste nei cimiteri pubblici aree riservate ai sensi della vigente normativa". Sembrerebbe leggersi tra le righe il timore del legislatore di un moltiplicarsi di richieste di tal genere da parte dei sempre più numerosi gruppi religiosi.

[26] Art. 25.1, legge del 30 luglio 2012, n. 127: "I piani regolatori cimiteriali devono prevedere, su richiesta della Chiesa, reparti speciali per la sepoltura dei suoi fedeli defunti, costituiti mediante concessione di un'area adeguata del cimitero in conformità delle leggi vigenti".

[27] Art. 16.1 della legge 8 marzo 1989, n. 101, *Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e l'Unione delle Comunità ebraiche italiane*.

Nella prassi applicativa non mancano infine esempi sconcertanti: emblematico è il caso del giugno 2007 originato dalla richiesta del Consiglio della circoscrizione di Rigutino, nel Comune di Arezzo, di separare il cimitero in due aree, una destinata ai cristiani, l'altra ai defunti di *tutte* le altre confessioni, in modo da preservare l'identità della comunità locale[28].

5. Considerazioni conclusive

Le asserzioni del Tar, pienamente condivisibili per i motivi già rilevati, suggeriscono alcune riflessioni conclusive. Se la potestà di certificare la fede riconosciuta ad un solo soggetto privato risulta discriminatoria verso le altre associazioni della stessa confessione, ragionevoli dubbi più in generale potrebbero nascere sulla validità stessa di una simile attestazione. Potrebbe infatti obiettarsi che la certificazione della propria coscienza non compete ad altri che a se stessi o, nel caso dei defunti, ai congiunti. Se a livello organizzativo l'attestazione di fede da parte di soggetti terzi, oltre le famiglie, potrebbe essere considerata una formula burocratica in linea con l'esigenza di garantire l'uso del reparto speciale solo ai fedeli di quella determinata religione, a livello metagiuridico e giuridico l'identità confessionale, non di rado frutto di complessi flussi di coscienza che accompagnano l'intera esistenza, rientra in un ambito personalissimo[29]. Gli stessi parametri ipoteticamente valutabili da un terzo per attestare la fede suscitano perplessità: partecipazione ai riti? Osservanza dei precetti? Conformità tra comportamenti e valori religiosi professati? In ogni caso si tratterebbe di valutazioni che non possono essere attribuite a terzi[30].

---

[28] L'"assurdità" di una simile richiesta è stata evidenziata da Francesco Margiotta Broglio, *Realtà e prospettive, in Islam in Europa/Islam in Italia tra diritto e società*, a cura di Alessandro Ferrari, cit., p. 368.

[29] In questo senso: "(…) L'atteggiamento, positivo o negativo, verso la religione è un profilo della personalità, che, prima ancora della tutela indiretta derivante dall'appartenenza di un soggetto a confessioni (…), incontra quella assicurata direttamente dalla legge comune ai diritti (o, meglio, al diritto) della personalità. La matrice di questo profilo, comunque connotato, è la coscienza", Nicola Colaianni, *Premessa,* in *Tutela della personalità e dei diritti della coscienza,* Cacucci Editore, Bari, 2000, p. 11.

È lecito ritenere, a parere di chi scrive, che tutti i riti ed i sacramenti destinati ad *includere* un minore all'interno di una comunità confessionale, tra cui anche il battesimo, incidono sul diritto di autodeterminare le proprie convinzioni religiose con piena coscienza. Questa constatazione insieme all'importanza di aderire in maniera spontanea e convinta ad una comunità religiosa è alla base ad esempio del rifiuto del battesimo degli infanti tipico degli anabattisti.

[30] Relativamente alla validità dell'attestazione di fede risultano *ad hoc* ed estremamente attuali le parole di Walter Bigiavi in merito al celebre "caso di Rovigo" degli anni Cinquanta, nel quale i

Un'ultima riflessione sorge in merito alla scelta operata dal legislatore (art. 100.1 D.p.r. 285/90) di qualificare i reparti destinati ai non cattolici come *speciali*[31]. Presupposto logico sotteso è la *normalità*[32] del reparto cattolico, all'interno di un'ottica che prevede *l'eccezione e la regola*. È interessante notare che la disposizione normativa è successiva alla storica enunciazione del principio di laicità, già implicitamente sancito nella Costituzione, ad opera della Corte costituzionale[33]. Si riscontra così anche in questo ambito una sorta di "confessionismo di costume"[34] che identifica il cimitero – bene del demanio comunale – in un campo *santo*, nell'accezione cattolica di area benedetta e consacrata[35]. Ne è riprova la presenza di croci ed altri simboli cattolici sui can-

---

giudici rodigini, chiamati a decidere sull'affidamento dei figli, avevano considerato rilevante il dato dell'"irreligiosità" della madre, tanto da disporne l'accertamento mediante prova per interrogatorio e per testi (cfr. ordinanze istruttorie del Tribunale di Rovigo del 21-25 agosto 1952 e del 27 settembre 1952). Bigiavi con pungente ironia commentò: "(…) come si farà a dimostrare che Tizio è "religiosamente praticante"? Si chiameranno forse cinque testi i quali affermino di aver visto Tizio entrare regolarmente in chiesa? Non basta evidentemente, giacché in una chiesa si può entrare per motivi diversissimi: ad es. per ammirare un'opera d'arte oppure – non paia irriverenza – per prendere il fresco. Saranno necessari, allora testi più qualificati: occorrerà la presenza del parroco o una sua attestazione. Ma in quali casi il reverendo sacerdote crederà di poter affermare che Tizio è religiosamente praticante? Quando lo avrà visto a messa ogni domenica, per un lungo periodo di tempo? oppure quando gli risulterà che Tizio si confessa e si comunica regolarmente? E quando potrà dirsi che Tizio si comunica "regolarmente"? quando si comunica una volta al mese, oppure una volta alla settimana, oppure una volta al giorno?", cfr. Walter Bigiavi, *Un altro e più grave "caso di Ferrara"*, in *Il Foro Italiano*, IV-I, 1, 1953, cc. 2-4.

[31] L'art. 100, comma primo del D.p.r. 285/1990 correla la *specialità* ad un uso specifico dell'area data in concessione: "I piani regolatori cimiteriali di cui all'art. 54 possono prevedere reparti speciali e separati per la sepoltura di cadaveri di persone professanti un culto diverso da quello cattolico". Il comma due dell'art. 100 D.p.r. 285/1990 garantisce anche: "Alle comunità straniere, che fanno domanda di avere un reparto proprio per la sepoltura delle salme dei loro connazionali, può parimenti essere data dal sindaco in concessione un'area adeguata nel cimitero", il D.p.r. 285/1990 è consultabile in www.presidenza.governo.it.

[32] Anche per le esequie viene comunemente considerato "normale" il rito cattolico, tanto da configurarsi un serio problema di laicità dello Stato a proposito dei funerali di Stato celebrati con rito cattolico a prescindere dalla convinzione religiosa del defunto. In questo senso è particolarmente significativa la scelta del sindaco di Lampedusa, Totò Martello, di disertare il funerale delle 13 vittime dell'ennesimo naufragio di migranti avvenuto il 6 ottobre 2019, contestando la scelta aprioristica del rito funebre cattolico, celebrato indipendentemente dalle loro convinzioni religiose, cfr. *Naufragio Lampedusa, il sindaco diserta il funerale*, 9.10.2019, in https://www.lasicilia.it. Diversamente è avvenuto a Catania il 28 maggio 2014 quando per le 17 vittime del naufragio della nave Grecale si sono svolte esequie con rito multireligioso, cfr. *Catania, il giorno dei funerali dei 17 migranti,* in www.abcs-chiesebattiste.net.

[33] Corte costituzionale, sentenza 203 del 1989.

Il D.p.r. 285 del 1990 è altresì successivo alla formale abrogazione del principio confessionista dello Stato operata di "comune intesa" tra Stato e Chiesa con gli accordi di Villa Madama (punto 1 del Protocollo addizionale all'Accordo del 1984, l. n. 121 del 1985).

[34] Così lo definiva Arturo Carlo Jemolo, *Geografia della laicità in Italia*, in *Quaderni della Nuova Antologia*, 1982, p. 62.

[35] Fino al 1800 i non cattolici erano sepolti nella cd. "terra maledetta". In Francia tra le misure

celli d'entrata dei cimiteri, anche di nuova costruzione, e negli spazi comuni[36].

In ultima analisi sarebbe auspicabile, in un futuro non troppo lontano, che la *specialità* venisse circoscritta ai sepolcri individuali, posti tutti insieme in un cimitero comune neutrale[37], ognuno ornato con i simboli delle proprie convinzioni. In tal caso il *sasso* che distingue le proprie dalle altre infinite *ossa che in terra e in mar semina morte* sfiderebbe l'umanità a realizzare in vita l'uguaglianza nella diversità.

---

laicizzatrici adottate dalla Terza Repubblica le leggi sui cimiteri consentirono a persone scomunicate o considerate "immorali", o convertitesi al protestantesimo, di non essere sepolte nella "terra maledetta", Cfr. Jean Baubérot, *Libertà religiosa e laicità in Francia*, in *Lessico di Etica pubblica*, (traduzione di Graziano Lingua), 2, 2011, p. 62.

[36] Nel comune di Burnley nel Lancashire (Regno Unito) è stata rimossa la croce nel crematorio comunale, ritenuta lesiva delle diverse convinzione religiose. Nella città circa il 40% degli abitanti si considera senza religione ed il numero di funerali umanistici è in continua crescita, cfr. *The Telegraph*, 30.09.2015, in www.telegraph.co.uk.

[37] In Francia, ad eccezione dei Dipartimenti di Alsazia e Mosella ove vige ancora il Concordato napoleonico, in base alla legge di separazione del 1905 i cimiteri devono garantire la neutralità degli spazi comuni. Costituiscono eccezione al principio generale di neutralità i terreni di sepoltura e i monumenti funebri, che possono essere contrassegnati, per espressa previsione normativa (art. 28. l. 1905) dai simboli dell'appartenenza religiosa. Ancor prima del 1905, la legge del 14 novembre 1881 sulla neutralità dei cimiteri, aveva abrogato l'articolo 15 del decreto del 23 Prairial anno XII, (12 juin 1804) che prevedeva la presenza di un precipuo luogo di sepoltura per ciascun culto presente nel territorio interessato e, laddove ci fosse un solo cimitero comune, la divisione delle diverse aree confessionali per mezzo di mura, fossati, siepi, accessi separati (article 15 du décret du 23 Prairial an XII,12 juin 1804, disponibile in www.legirel.cnrs.fr). La legge del 5 aprile 1884 relativa all'organizzazione municipale vietava (articoli 93 e 97) il trattamento differenziato dei defunti fondato su credenze religiose (ad es. il libero pensiero, la conversione ad altre religioni, etc.) o circostanze della morte (ad es. i suicidi).

Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

Sez. II di Milano, 22 agosto 2019 n. 1916

Edilizia e urbanistica – Requisiti intrinseco ed estrinseco per ravvisare la presenza di una moschea.

Per ravvisare la presenza di una moschea in senso rilevante per le norme edilizie e urbanistiche sono necessari due requisiti, l'uno intrinseco, dato dalla presenza di determinati arredi e paramenti sacri, l'altro estrinseco, dato dal dover accogliere tutti coloro che vogliano pacificamente accostarsi alle pratiche cultuali o alle attività in essi svolte e consentire la pratica del culto a tutti i fedeli della religione islamica, uomini e donne, di qualsiasi scuola o nazionalità essi siano.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 5 dicembre 2019, n. 8328

Autorizzazione a realizzare edifici e attrezzature destinati al culto – Decadenza dal titolo abilitante – Necessità di rimeditazione interesse pubblico

conferma

Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

Sez. II di Milano, 9 marzo 2018 n. 686

Autorizzazione a realizzare edifici e attrezzature destinati al culto – Decadenza dal titolo abilitante – Necessità di rimeditazione interesse pubblico.

Se l'autorizzazione alla realizzazione di una moschea nasce dall'apprezzamento di un interesse pubblico a modulare l'esercizio del culto religioso, la decadenza dal titolo abilitante la costruzione non può unicamente giustificarsi sulla base di inadempimenti, più o meno gravi, degli obblighi convenzionali, ma dalla necessità di verificare se ricorrano i presupposti per cancellare il disegno amministrativo precedentemente eletto, dal quale derivi l'annullamento o la modifica della destinazione urbanistica dell'area.

Presentazione

La parte di legislazione e giurisprudenza canonica del numero 2 del 2019 pubblica, nella parte relativa alla legislazione e alla giurisprudenza canonica, la nuova legge sul governo dello Stato Città del Vaticano N. CCLXXIV, del 25 novembre 2018, che abroga e sostituisce la precedente legge del 16 luglio 2002 e risponde, come si legge nel *Motu Proprio* alla "necessità di una riorganizzazione complessiva del Governatorato dello Stato Città del Vaticano, al fine di renderlo più idoneo alle esigenze attuali, al servizio ecclesiale che è chiamato a prestare alla missione del Romano Pontefice nel mondo e alla peculiare finalità istituzionale dello Stato Città del Vaticano". Si pubblica, inoltre, il nuovo Statuto dell'Ufficio del Revisore Generale della Santa Sede, che sostituisce il precedente in vigore dal 2005 e contiene alcune importanti novità, quale quella contenuta nel comma 3 dell'articolo 1 che qualifica il Revisore come autorità anticorruzione ai sensi della Convenzione di Medina, la Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione, del 31 ottobre 2003. Sono poi pubblicati due *Motu Proprio*, quello che disciplina la durata della carica del Decano del Collegio Cardinalizio, quinquennale rinnovabile una sola volta, e quello relativo al cambiamento di denominazione dell'Archivio Segreto Vaticano, oggi Archivio Apostolico Vaticano.

In tema di ammissione delle cause trattate con il *processus brevior* si pubblica un decreto del Tribunale Ecclesiastico Interdiocesano Siculo, con nota di Mario Ferrante.

In questo numero è pubblicata la sentenza del Tribunale Ecclesiastico Beneventano di Appello del 29 marzo 2017, annotata nel precedente numero 2 del 2018 della Rivista da Alessio Sarais, che per un mero errore redazionale non era stata pubblicata nel precedente numero. Ci scusiamo per l'inconveniente con i lettori e con il dott. Sarais.

LEGGE SUL GOVERNO DELLO STATO DELLA CITTÀ DEL VATICANO

Fin dall'inizio del mio ministero nella Sede di Pietro, ho avvertito la necessità di una riorganizzazione complessiva del Governatorato dello Stato della Città del Vaticano, al fine di renderlo sempre più idoneo alle esigenze attuali, al servizio ecclesiale che è chiamato a prestare alla missione del Romano Pontefice nel mondo e alla peculiare finalità istituzionale dello Stato della Città del Vaticano, designato "*per sua natura a garantire alla Sede di Pietro l'assoluta e visibile indipendenza*".

Per questo, con mio Provvedimento del 18 agosto 2014, ho conferito al Sig. Cardinale Presidente della Pontificia Commissione per lo Stato della Città del Vaticano e Presidente del Governatorato dello Stato della Città del Vaticano la potestà di poter intervenire normativamente nell'ambito della succitata prevista riorganizzazione, e, successivamente, con altro mio Atto del 22 febbraio 2017, ritenendo maturo il momento di poter procedere ad una sistematica riforma legislativa alla luce dei principi di razionalizzazione, economicità e semplificazione e perseguendo criteri di funzionalità, trasparenza, coerenza normativa e flessibilità organizzativa, che devono caratterizzare tale Ente, ho delegato al summenzionato medesimo Sig. Cardinale la potestà e le facoltà necessarie a stendere una nuova Legge sul Governo dello Stato, curandone anche i successivi Regolamenti utili al suo buon funzionamento, e ho istituito a questo scopo una apposita Commissione di lavoro che lo coadiuvasse.

Ora, dunque, approntata la redazione finale della normativa in parola ed avutane una ponderata considerazione dell'insieme, delibero *Motu proprio*, certa scienza e Sovrana autorità, quanto appresso stabilito, che dovrà essere osservato in tutte le sue parti come Legge dello Stato, nonostante qualsiasi cosa contraria, anche se degna di particolare menzione.

Stabilisco inoltre che la presente Nuova Legge sul Governo dello Stato della Città del Vaticano, sia promulgata mediante pubblicazione sul quotidiano *L'Osservatore Romano* del giorno 7 dicembre 2018 ed entri in vigore, abrogando la precedente normativa, in data 7 Giugno 2019.

Legge sul Governo dello Stato della Città del Vaticano

N. CCLXXIV

TITOLO I
Governo dello Stato della Città del Vaticano
CAPO I
Governatorato
Art. 1
(Il Governatorato dello Stato della Città del Vaticano)

Il Governatorato esercita il potere e le funzioni ad Esso proprie, attribuite per garantire alla Santa Sede l'assoluta e visibile indipendenza, anche nel campo internazionale, nell'esercizio della missione universale e pastorale del Sommo Pontefice.

Il Governatorato è costituito dal complesso degli Organi di governo e degli Organismi che concorrono all'esercizio del potere esecutivo dello Stato della Città del Vaticano e nelle aree di cui agli artt. 15 e 16 del Trattato Lateranense, nell'ambito della loro specifica condizione giuridica.

Il Governatorato svolge, inoltre, altre attività che siano richieste a servizio della Santa Sede.

CAPO II
Organi di governo
Art. 2
(Il *Cardinale Presidente)*

1. Il Cardinale Presidente della Pontificia Commissione per lo Stato della Città del Vaticano esercita il potere esecutivo e assume il titolo di Presidente del Governatorato. Nell'esercizio delle sue attribuzioni, il Presidente è coadiuvato dal Segretario Generale e dal Vice Segretario Generale, ai quali può delegare l'espletamento di determinate funzioni.

2. Il Presidente assicura il governo dello Stato, ai sensi dell'art. 5 della Legge fondamentale dello Stato della Città del Vaticano; impartisce le direttive necessarie per la sua organizzazione generale e definisce gli indirizzi dell'amministrazione.

Nell'esercizio dei suoi poteri, può avvalersi del Segretario Generale, del Vice Segretario Generale e, con funzioni consultive, del Consigliere Generale dello Stato, di altri Consiglieri dello Stato, dei Direttori e dei Responsabili di Organismi.

Art. 3
(Il Segretario Generale)

1. Il Segretario Generale è nominato dal Sommo Pontefice per un quinquennio. Egli sostituisce il Cardinale Presidente in caso di assenza o impedimento.

2. Il Segretario Generale attua le direttive e le disposizioni del Presidente, sovraintende all'amministrazione, coordina gli Organismi del Governatorato e assicura che le relative attività siano conformi alle norme e adeguate al perseguimento degli obiettivi assegnati; sovraintende alla gestione del personale, ne predispone o adotta i relativi provvedimenti; cura la custodia ed appone il sigillo ufficiale dello Stato di cui all'art. 20, 3 della Legge fondamentale.

3. Il Segretario Generale si avvale della Segreteria Generale per l'esercizio delle sue funzioni.

4. Durante la Sede Vacante, il Segretario Generale si occupa del governo ordinario dell'ufficio, e, attenendosi alle disposizioni vigenti per la Sede Vacante, ne cura gli affari correnti.

Art. 4

(Il Vice Segretario Generale)

Il Vice Segretario Generale è nominato dal Sommo Pontefice per un quinquennio, con le funzioni di cui all'art. 10 della Legge fondamentale.

CAPO III

Segreteria Generale

Art. 5

(La Segreteria Generale)

1. La Segreteria Generale dipende direttamente dal Segretario Generale. Di essa si avvalgono gli Organi di governo, secondo le rispettive attribuzioni.

2. La Segreteria Generale comprende:

a) il Protocollo Generale e l'Archivio Centrale,

b) l'Unità di Controllo e Ispezione,

c) il Coordinamento Eventi.

3. Il Protocollo Generale e l'Archivio Centrale curano il protocollo generale ed il sistema archivistico degli Organi di governo e degli Organismi del Governatorato. L'Archivio Centrale custodisce anche l'Archivio Storico del Governatorato e cura il catalogo della documentazione concernente i singoli Organismi.

4. L'Unità di Controllo e Ispezione vigila sull'osservanza delle normative e delle procedure, ne verifica l'attuazione e valuta l'efficienza e l'efficacia delle attività degli Organismi. L'Unità di Controllo e Ispezione riferisce agli Organi di governo e formula opportune proposte. Essa coopera nei rapporti con gli Organismi di Revisione e di Controllo esterni al Governatorato, in attuazione delle direttive ricevute dagli Organi di governo.

5. Il Coordinamento Eventi, in attuazione delle direttive ricevute, cura l'or-

ganizzazione di eventi, anche in collaborazione con altri organismi e enti.

6. Gli Organi di governo possono attribuire alla Segreteria Generale ulteriori compiti, anche per un tempo determinato.

TITOLO II

Organismi consultivi del Governatorato

Art. 6

(Il Consiglio dei Direttori)

1. Gli Organi di governo si avvalgono del Consiglio dei Direttori per le funzioni di cui all'art. 11, 1 della Legge fondamentale.

2. Il Consiglio è convocato dal Presidente in composizione plenaria o ristretta, ogni volta che egli lo ritenga opportuno. Il Presidente può invitare alle riunioni del Consiglio persone o esperti esterni.

3. Il funzionamento del Consiglio è disciplinato da disposizioni del Presidente.

TITOLO III

Organismi operativi del Governatorato

Art. 7

(Le Direzioni)

1. Le Direzioni collaborano, nell'ambito delle rispettive competenze, con il Presidente, il Segretario Generale ed il Vice Segretario Generale per lo svolgimento delle attività istituzionali dello Stato anche nelle aree indicate all'art. 1 della presente Legge.

2. Le Direzioni attuano le direttive degli Organi di governo ed esercitano le loro funzioni nel rispetto delle leggi, dei regolamenti e delle disposizioni di carattere generale e particolare.

3. Nello svolgimento dell'attività amministrativa e nella produzione ed erogazione di beni e servizi, le Direzioni, perseguendo gli obiettivi assegnati, assicurano efficacia ed efficienza.

4. Sono Direzioni:

a) la Direzione delle Infrastrutture e Servizi;

b) la Direzione delle Telecomunicazioni e dei Sistemi Informatici;

c) la Direzione dell'Economia;

d) la Direzione dei Servizi di Sicurezza e Protezione Civile;

e) la Direzione di Sanità e Igiene;

f) la Direzione dei Musei e dei Beni Culturali;

g) la Direzione delle Ville Pontificie.

5. Il Presidente può attribuire alle Direzioni, per un tempo determinato, competenze ulteriori per il perseguimento di specifici obiettivi; a tal fine può costituire unità operative inter-direzionali.

6. L'organizzazione interna ed il funzionamento delle Direzioni sono disci-

plinati con Regolamenti.

Art. 8

(Gli Uffici Centrali)

1. Sono Uffici Centrali: l'Ufficio Giuridico e l'Ufficio del Personale. Essi collaborano direttamente con gli Organi di governo.

2. L'organizzazione interna ed il funzionamento degli Uffici Centrali sono disciplinati con Regolamenti.

TITOLO IV

Attribuzioni degli Organismi operativi

CAPO I

Direzioni

Art. 9

(La Direzione delle Infrastrutture e Servizi)

1. La Direzione delle Infrastrutture e Servizi comprende:

a) il settore delle Infrastrutture, a cui fanno capo gli uffici di Studio e Progettazione, di Edilizia, di Laboratorio ed Impiantistica, di Approvvigionamento e Magazzino centrale;

b) il servizio Giardini e Ambiente, la Floreria.

2. La Direzione cura, in particolare:

a) il catasto;

b) la progettazione e l'esecuzione dei lavori;

c) la manutenzione degli immobili di competenza del Governatorato;

d) la progettazione, l'esecuzione e la manutenzione degli impianti tecnici, idraulici ed elettrici e la vigilanza sulla loro installazione, in collaborazione con le altre Direzioni interessate;

e) la vigilanza tecnica sull'attività edilizia;

f) la tutela dell'ambiente e dell'ecologia nello Stato, la manutenzione dei giardini, delle strade e delle fontane.

3. La Direzione formula pareri tecnici per il rilascio delle necessarie autorizzazioni relative alla progettazione ed esecuzione di lavori nelle aree di cui all'art. 1 della presente Legge. La Direzione può sovraintendere ai lavori, fatte salve le competenze della Direzione dei Musei e Beni Culturali e della Commissione permanente per la tutela dei monumenti storici ed artistici della Santa Sede.

4. Per la verifica dei luoghi e degli impianti, la Direzione può avvalersi della collaborazione del Corpo dei Vigili del Fuoco e, per quanto di competenza, della Direzione di Sanità e Igiene.

Art. 10

(La Direzione delle Telecomunicazioni e dei Sistemi Informatici)

1. La Direzione delle Telecomunicazioni e dei Sistemi Informatici com-

prende:

a) le Poste e la Filatelia;

b) la Telefonia;

c) il servizio Provider Internet;

d) i Sistemi Informatici.

2. La Direzione predispone e gestisce le infrastrutture di connettività e di rete ed eroga i relativi servizi per lo Stato della Città del Vaticano e per le Istituzioni della Santa Sede.

3. La Direzione, in particolare:

a) progetta e realizza le reti informatiche ed i relativi programmi, assicurando la manutenzione ed il funzionamento e garantendo la sicurezza delle comunicazioni e dei dati;

b) assiste gli Organi di governo e cura, in attuazione delle direttive ricevute, i rapporti con gli Organismi e gli enti internazionali nei rispettivi settori;

c) cura le attività relative ai valori e prodotti postali e di filatelia.

Art. 11

(La Direzione dell'Economia)

1. La Direzione dell'Economia comprende:

a) la Ragioneria dello Stato;

b) le Attività economiche.

2. La Ragioneria dello Stato comprende:

a) la Gestione del patrimonio;

b) la Contabilità e Bilancio;

c) la Revisione interna;

d) la Zecca dello Stato.

3. La Ragioneria dello Stato collabora con gli Organi di governo per la predisposizione dei bilanci preventivo e consuntivo, con le modalità previste negli artt. 11 e 12 della Legge fondamentale.

4. La Ragioneria dello Stato tiene la contabilità generale e verifica la contabilità analitica dei singoli Organismi. Cura la gestione del patrimonio, la tesoreria e l'attività finanziaria, attuando le direttive ricevute dagli Organi di governo.

5. Le Attività economiche comprendono:

a) la Gestione delle attività commerciali;

b) la Commercializzazione filatelica e numismatica;

c) i Servizi doganali e transito delle merci;

d) l'Autoparco.

Art. 12

(La Direzione dei Servizi di Sicurezza e Protezione Civile)

1. La Direzione dei Servizi di Sicurezza e Protezione Civile cura la si-

curezza e l'ordine pubblico, organizza e coordina la protezione civile. Essa comprende il Corpo della Gendarmeria ed il Corpo dei Vigili del Fuoco.

2. Alla Direzione può essere preposto il Comandante del Corpo della Gendarmeria.

3. La Direzione compie le attività richieste dalla Santa Sede, anche in relazione alla sicurezza del Sommo Pontefice, in collaborazione con la Guardia Svizzera Pontificia.

4. In esecuzione del mandato e in attuazione delle direttive ricevute, la Direzione cura i collegamenti necessari per l'esercizio delle proprie funzioni con le omologhe strutture di altri Stati o di Organizzazioni internazionali di polizia.

5. Il Corpo della Gendarmeria svolge le funzioni e i servizi di polizia, il mantenimento dell'ordine pubblico, garantisce la sicurezza dei luoghi e delle persone e la prevenzione e repressione dei reati nello Stato della Città del Vaticano e, nell'ambito della loro specifica condizione giuridica, nelle aree di cui agli Artt. 15 e 16 del Trattato Lateranense.

6. Il Corpo della Gendarmeria, per le funzioni di polizia giudiziaria e penitenziaria, dipende dall'Autorità Giudiziaria dello Stato secondo le norme dell'ordinamento giudiziario dello Stato.

7. Il Corpo dei Vigili del Fuoco assicura il pronto intervento e la prevenzione a tutela della incolumità delle persone, dei luoghi e dei beni. Al Corpo è affidata la organizzazione ed il coordinamento di eventuali attività di volontariato di protezione civile. Il Corpo collabora con le altre Direzioni, per l'esercizio delle rispettive funzioni.

Art. 13

(La Direzione di Sanità e Igiene)

1. La Direzione di Sanità e Igiene provvede alla cura della salute della persona e alla tutela della sanità e dell'igiene pubblica, comprese la sicurezza e la salute dei lavoratori nei luoghi di lavoro.

2. Nelle funzioni di sanità ed igiene opera la Farmacia Vaticana, con autonomia tecnica e amministrativa.

Essa provvede al rifornimento e alla distribuzione di prodotti farmaceutici e parafarmaceutici; produce e pone in vendita propri medicamenti e galenici.

Art. 14

(La Direzione dei Musei e dei Beni Culturali)

1. La Direzione dei Musei e Beni Culturali cura la conservazione, la gestione, la valorizzazione e la fruizione del complesso artistico-museale dello Stato ed esercita le attribuzioni finora affidate alla Direzione dei Musei.

2. La Direzione comprende le aree:

a)artistico-scientifica che cura la conservazione, il restauro, la valorizza-

zione e la diffusione della conoscenza del patrimonio culturale e artistico dello Stato; cura la ricerca scientifica e la formazione degli ambiti di competenza;

b) gestionale-amministrativa che cura gli aspetti organizzativi ed economici e la fruizione del patrimonio.

3. La Direzione sovraintende sui beni culturali della Santa Sede, dello Stato della Città del Vaticano, degli Organismi, delle Amministrazioni, degli Enti e degli Istituti aventi sede nello Stato e negli immobili di cui agli artt. 15 e 16 del Trattato Lateranense, esercita le funzioni previste dalla legislazione dello Stato sulla tutela dei beni culturali e nel rispetto dei vincoli internazionali, ai sensi dell'art. 1, comma 4, della Legge LXXI sulle Fonti del Diritto.

4. La Direzione propone e sottopone all'approvazione degli Organi di governo l'acquisizione di nuove opere, effettua studi, ricerche e pubblicazioni scientifiche inerenti il patrimonio artistico e culturale dello Stato o ad esso affidato; elabora progetti di riproduzione, divulgazione e utilizzazione economica.

Art. 15

(La Direzione delle Ville Pontificie)

1. La Direzione delle Ville Pontificie cura la conservazione e la gestione del Palazzo Pontificio di Castel Gandolfo con tutte le annesse dotazioni, attinenze e dipendenze, ai sensi dell'art. 14 del Trattato Lateranense; assicura i servizi connessi e le necessarie opere di manutenzione, in collaborazione con le altre Direzioni competenti. La Direzione gestisce e amministra le attività svolte nel complesso delle Ville Pontificie.

2. L'attività museale nelle Ville Pontificie è riservata alla Direzione dei Musei e dei Beni Culturali.

Art. 16

(Le Segreterie di Direzione)

La Segreteria di Direzione assiste il Direttore nell'organizzazione e nel coordinamento delle attività di ciascuna Direzione, ne attua gli indirizzi e cura il protocollo e l'archivio corrente.

CAPO II

Uffici Centrali

Art. 17

(L'Ufficio Giuridico)

1. L'Ufficio Giuridico, quale Avvocatura dello Stato, cura l'assistenza legale del Governatorato ed esercita la rappresentanza ed il patrocinio in giudizio dello Stato; provvede alla tutela delle opere d'ingegno nel rispetto dei vincoli internazionali, ai sensi dell'art. 1, comma 4, della Legge LXXI sulle Fonti del Diritto.

2. L'Ufficio elabora studi e progetti normativi che gli siano richiesti ed

esprime pareri su questioni amministrative, su atti negoziali e contratti.

3. L'Ufficio, in particolare:

a) cura lo Stato Civile, l'Anagrafe ed i relativi adempimenti;

b) cura i seguenti Registri: Registro vaticano delle persone giuridiche civili, Registro vaticano delle persone giuridiche canoniche, Registro delle Organizzazioni di volontariato, Registro enti senza scopo di lucro, Registro Veicoli Vaticani, Registro navale vaticano, Registri della proprietà artistica e letteraria e della proprietà industriale;

c) cura l'Archivio e la Conservatoria degli atti pubblici e privati registrati;

d) predispone la documentazione ed effettua gli adempimenti che gli siano rimessi relativi a convenzioni internazionali applicate nello Stato;

e) svolge le funzioni notarili dello Stato e supporta l'attività dei Notari;

f) cura i contratti di assicurazione e relativa gestione.

4. L'organizzazione e la gestione dell'Albo dei Fornitori e la verifica dei requisiti richiesti sono affidate all'Ufficio Giuridico.

Art. 18

(L'Ufficio del Personale)

1. L'Ufficio del Personale coadiuva gli Organi di governo nella gestione del personale del Governatorato, esprime i pareri che gli siano richiesti e formula le relative proposte.

2. L'Ufficio, in particolare:

a) cura l'archivio e l'anagrafe del personale, aggiorna i fascicoli individuali, elabora gli stipendi, i contributi assistenziali e previdenziali e opera le relative procedure di contabilizzazione e pagamento;

b) controlla la corretta applicazione del Regolamento generale per il personale del Governatorato dello Stato della Città del Vaticano e delle norme in materia di rapporti di lavoro;

c) cura la documentazione e la segreteria della Commissione per il Personale;

d) assiste gli Organi di governo nella selezione del personale e per il funzionamento della Commissione per la selezione del personale laico;

e) ai fini delle necessarie autorizzazioni degli Organi di governo, verifica l'esigenza e l'appropriatezza del ricorso a somministrazione di lavoro esterno; vigila sulla regolarità dei rapporti di lavoro del personale dipendente di imprese estere operanti nello Stato;

f) su indicazione degli Organi di governo promuove e programma la formazione e l'aggiornamento professionale.

TITOLO V

Organismi scientifici

Art. 19

(La Specola Vaticana)

La Specola Vaticana è Organismo scientifico operante nel settore della ricerca astronomica, la cui autonomia è disciplinata con Regolamento.

TITOLO VI

Organismi ausiliari

Art. 20

(Commissioni e Comitati)

1. Sono Organismi ausiliari degli Organi di governo, retti da specifiche normative:

a) il *Comitato per le questioni monetarie;*

b) la *Commissione Disciplinare*;

c) la *Commissione per il Personale*;

d) la *Commissione per la selezione del personale laico*.

2. Con atto del Presidente possono essere costituiti altri Organismi ausiliari con specifici compiti e per un tempo determinato.

TITOLO VII

Funzionamento degli Organismi e Personale

Art. 21

(Comunità di lavoro)

Quanti, a qualsiasi titolo e con diverse funzioni e responsabilità, svolgono le loro attività per il Governatorato formano una comunità di lavoro e sono tenuti a cooperare con dedizione, professionalità e spirito di servizio. Con il loro lavoro essi attuano una responsabilità ecclesiale in funzione delle esigenze della Chiesa universale, al cui servizio lo Stato della Città del Vaticano è costituito.

CAPO I

Funzionamento degli Organismi

Art. 22

(Funzionamento)

1. Per perseguire efficacemente le proprie finalità, ciascun Organismo del Governatorato è dotato di propria organizzazione e di proprio personale. Il personale è assegnato nel rispetto delle Tabelle organiche approvate dal Presidente.

2. Ogni Organismo opera secondo il principio di buona amministrazione e criteri di efficienza, trasparenza, economicità e semplificazione.

3. Il funzionamento degli Organismi è disciplinato con Regolamenti. Gli Organismi cooperano e integrano le proprie funzioni nelle materie di comune interesse.

4. Ciascun Organismo cura il proprio protocollo e archivio il cui sistema è coordinato dall'Archivio di Stato.

Art. 23

(Costituzione, modifica e soppressione degli Organismi)

Spetta alla Pontificia Commissione per lo Stato della Città del Vaticano, su proposta del Presidente, la costituzione, la modifica delle competenze e della denominazione degli uffici e servizi, nonché la loro soppressione o il loro trasferimento presso altre Direzioni, fermo restando che la costituzione, la modifica delle attribuzioni e la soppressione delle Direzioni e degli Uffici Centrali compete al Sommo Pontefice.

CAPO II

Personale degli Organismi

Art. 24

(Direttori)

1. Ad ogni Direzione è preposto un dirigente con qualifica di *Direttore* di nomina pontificia, per un tempo determinato.

2. Il Direttore è personalmente responsabile delle attività della Direzione. Assicura il rispetto delle norme ed opera in attuazione delle disposizioni e secondo le direttive degli Organi di governo.

3. Il Direttore cura in particolare:

a) l'attuazione dei programmi e il raggiungimento degli obiettivi;

b) l'organizzazione e l'impiego del personale;

c) l'utilizzo dei beni e delle risorse della Direzione;

d) l'approvvigionamento dei beni e servizi esteri necessari nel rispetto dei limiti del bilancio preventivo approvato ai sensi dell'Art. 12 della Legge fondamentale, operando gare e ricerche di mercato;

e) la sicurezza dei luoghi di lavoro e la protezione dei dati in cooperazione con gli Organismi competenti.

Art. 25

(Vice Direttori)

Il *Vice Direttore* è nominato dal Presidente per un tempo determinato. Egli coadiuva il *Direttore* nello svolgimento delle sue funzioni. Può essergli affidata la titolarità o il coordinamento di specifici settori della Direzione.

Il Vice Direttore sostituisce il Direttore in caso di assenza o impedimento, salvo diversa determinazione degli Organi di governo.

Art. 26

(Capi degli Uffici Centrali)

Il *Capo dell'Ufficio Centrale* è nominato dal Presidente per un tempo determinato. Egli svolge funzioni dirigenziali e fa direttamente capo agli Organi di governo.

Art. 27

(Personale con altre funzioni)

Il Personale è assegnato a ciascun Organismo nel rispetto delle Tabelle organiche approvate dal Presidente. È utilizzato per i profili professionali di appartenenza. L'attribuzione della titolarità di specifiche funzioni è approvata o disposta dagli Organi di governo.

CAPO III

Attività giuridiche ed economico-contabili

Art. 28

(Negozi giuridici e contratti)

1. I contratti e gli altri atti negoziali, debitamente autorizzati dagli Organi di governo sono imputabili al Governatorato e sono regolati dalle norme dell'Ordinamento dello Stato.

2. Le Direzioni e gli altri Organismi predispongono contratti e atti negoziali, secondo le procedure previste, nei limiti di spesa stabiliti con Decreto del Presidente del Governatorato e nel rispetto delle previsioni di bilancio.

3. I contratti e gli atti che eccedono i limiti di spesa di cui al precedente comma 2, per la loro valida conclusione, devono essere inoltrati all'Ufficio Giuridico per il controllo degli atti e delle procedure seguite e alla Ragioneria dello Stato per la verifica di compatibilità con le disponibilità finanziarie dell'esercizio e per l'eventuale proposta delle variazioni del bilancio. La loro definitiva conclusione è rimessa al Presidente o, per delega di questi, al Segretario Generale.

4. Le imprese non vaticane che, in via sussidiaria, forniscono beni o servizi sono soggette, per tali attività, alla legislazione dello Stato.

5. La Direzione non può ricorrere autonomamente a contratti o atti negoziali, comunque denominati, di somministrazione di lavoro, senza specifica autorizzazione degli Organi di governo.

Art. 29

(Procedure economico-contabili)

1. Tutta la contabilità degli Organismi dello Stato confluisce nella contabilità generale tenuta dalla Ragioneria dello Stato.

2. La Ragioneria dello Stato effettua, nell'ambito delle previsioni di bilancio, le imputazioni contabili dei flussi finanziari in entrata ed in uscita, per gli adempimenti di cui ai relativi titoli; verifica la conformità dei titoli stessi al contenuto dei contratti in genere e degli altri atti negoziali ed alla loro puntuale esecuzione, prendendo visione, ove prevista, della documentazione di collaudo o di regolare prestazione.

3. Alla Ragioneria dello Stato fa capo il servizio di tesoreria, riguardante l'emissione e la riscossione delle fatture per la cessione di beni o di servizi ed il pagamento della fatturazione degli acquisti. A tal fine, le Direzioni e gli altri Organismi fanno pervenire alla Ragioneria i relativi titoli di entrata e di spesa,

sulla base dei quali viene predisposta la situazione periodica di bilancio.

4. Ai sensi degli artt. 11 e 12 della Legge fondamentale, i bilanci preventivo e consuntivo, approvati dalla Pontificia Commissione, sono sottoposti al Sommo Pontefice per il tramite della Segreteria di Stato. La predisposizione dei bilanci e le relative procedure economico-contabili sono regolate da specifiche norme dello Stato.

TITOLO VIII

Controversie amministrative

Art. 30

(Impugnazione degli atti amministrativi)

Gli atti amministrativi, ad esclusione di quelli di cui all'art. 18 della Legge fondamentale, possono essere impugnati come previsto dall'art. 17 della medesima Legge.

Art. 31

(Ricorso gerarchico)

1. Chi si ritiene leso da un atto amministrativo può richiedere al Presidente, entro il termine perentorio di dieci giorni dalla comunicazione o dalla conoscenza comunque avuta dello stesso, la revoca o la modifica del medesimo, esponendone i motivi.

2. Se la risposta è negativa o entro trenta giorni non ottiene risposta, l'interessato può presentare ricorso alla Pontificia Commissione per lo Stato della Città del Vaticano entro il termine perentorio di trenta giorni dalla risposta o dallo spirare del termine sopra detto.

3. La Pontificia Commissione per lo Stato della Città del Vaticano, salva la facoltà di esaminare direttamente il ricorso, delega l'esame del medesimo ad un collegio composto dal Consigliere Generale dello Stato, che lo presiede, e da altri due Consiglieri dello Stato.

Il collegio può decidere sull'istanza di sospensiva del provvedimento impugnato, istruisce e dirime la controversia entro il termine di novanta giorni dalla presentazione del ricorso. Le sue decisioni possono essere impugnate per soli motivi di legittimità davanti alla Pontificia Commissione.

Art. 32

(Risarcimento del danno)

Fermo restando il disposto dell'art. 17, 2 della Legge fondamentale, le impugnazioni degli atti amministrativi, finalizzate ad ottenere il risarcimento del danno, sono rimesse alla esclusiva competenza dell'Autorità giudiziaria, a norma di legge.

Art. 33

(Assistenza legale)

1. Nel ricorso gerarchico l'interessato può farsi assistere da un avvocato

abilitato all'esercizio presso gli Organi giudiziari dello Stato. Il Governatorato ha facoltà di farsi assistere e rappresentare dall'Avvocatura dello Stato.

2. Nelle impugnazioni davanti all'Autorità giudiziaria l'assistenza legale è obbligatoria.

TITOLO IX

Norme finali

Art. 34

(Disposizioni transitorie)

1. La presente Legge sul Governo dello Stato della Città del Vaticano sostituisce, per quanto ancora vigente e in ogni sua parte, la Legge 16 luglio 2002, N. CCCLXXXIV.

2. Parimenti sono abrogate tutte le norme e i provvedimenti generali e particolari in contrasto con la presente Legge.

Art. 35

(Disposizioni finali e entrata in vigore)

1. I Regolamenti degli Organismi non in contrasto con la presente Legge, restano in vigore fino a revisione.

2. Nel periodo transitorio gli Organi di governo adottano le disposizioni necessarie per l'attuazione della presente Legge.

3. Essa entra in vigore il 7 giugno 2019.

Comandiamo che l'originale della presente legge, munito del sigillo dello Stato, sia depositato nell'Archivio delle leggi dello Stato della Città del Vaticano, e che il testo corrispondente sia pubblicato dapprima nel quotidiano L'Osservatore Romano, quindi nel Supplemento degli Acta Apostolicae Sedis, *mandandosi a chiunque spetti di osservarla e farla osservare.*

Dal Vaticano, 25 Novembre 2018
Solennità di N. S. Gesù Cristo, Re dell'Universo
VI del Nostro Pontificato.
FRANCISCUS

PAPA FRANCESCO

STATUTO DELL'UFFICIO DEL REVISORE GENERALE

Natura

ART. 1

§ 1. L'Ufficio del Revisore Generale è l'Ente della Santa Sede al quale è affidato il compito della revisione contabile del bilancio consolidato della Santa Sede e del bilancio consolidato del Governatorato dello Stato della Città del Vaticano.

§ 2. L'Ufficio del Revisore Generale ha il compito, secondo il programma annuale di revisione approvato dal Consiglio per l'Economia, della revisione contabile dei bilanci individuali annuali dei Dicasteri della Curia Romana, delle Istituzioni collegate alla Santa Sede o che fanno riferimento ad essa e delle Amministrazioni del Governatorato dello Stato della Città del Vaticano che confluiscono nei suddetti bilanci consolidati.

§ 3. L'Ufficio del Revisore Generale è l'Autorità Anticorruzione ai sensi della Convenzione di Mérida, in vigore per la Santa Sede e per lo Stato della Città del Vaticano dal 19 ottobre 2016.

§ 4. L'Ufficio del Revisore Generale svolge la revisione contabile anche dei bilanci di altri Enti ed Amministrazioni di cui all'art. 1 §1 dello Statuto del Consiglio per l'Economia, su richiesta del Consiglio stesso. La Segreteria per l'Economia e i Responsabili degli Enti e delle Amministrazioni di cui all'Art. 1 §1 dello Statuto del Consiglio per l'Economia possono chiedere all'Ufficio del Revisore Generale di svolgere la revisione contabile sugli Enti predetti.

§ 5. Le stesse revisioni contabili di cui al precedente §4 possono essere avviate dal Revisore Generale che informa preventivamente il Cardinale Coordinatore del Consiglio per l'Economia, adducendone le motivazioni.

§ 6. L'Ufficio è diretto e rappresentato dal Revisore Generale.

Funzioni

ART. 2

§ 1. L'Ufficio del Revisore Generale svolge la revisione contabile riferendosi ai principi di revisione contabile riconosciuti a livello internazionale.

§ 2. L'Ufficio del Revisore Generale, in particolare:

a) si rapporta funzionalmente con il Consiglio per l'Economia;

b) attua con autonomia e indipendenza le revisioni contabili di cui all'Art. 1;

c) redige al termine di ogni incarico di cui all'Art. 1 una relazione indirizzata al responsabile dell'Ente oggetto della revisione eseguita e -se non vi siano particolari motivi di confidenzialità- al Consiglio per l'Economia;

d) su richiesta del Consiglio per l'Economia o della Segreteria per l'Economia, e dei Responsabili degli Enti e delle Amministrazioni di cui all'art.1§1 dello Statuto del Consiglio per l'Economia, svolge revisioni su situazioni particolari connesse a: anomalie nell'impiego o nell'attribuzione di risorse finanziarie o materiali; irregolarità nella concessione di appalti o nello svolgimento di transazioni o alienazioni; atti di corruzione o frode. Invia le relazioni relative agli incarichi suddetti all'autorità richiedente che può comunicarne gli esiti all'Ente interessato. Le stesse revisioni possono essere avviate dal Revisore Generale che informa preventivamente il Cardinale Coordinatore del Consiglio per l'Economia, adducendone le motivazioni.

Programmazione e comunicazione

ART. 3

§ 1. II Revisore Generale predispone, entro un termine concordato con la Segreteria per l'Economia, il proprio programma annuale di revisione, redatto in coerenza con il calendario di presentazione dei bilanci delineato dalla Segreteria per l'Economia, tenendo anche conto delle indicazioni del Consiglio per l'Economia. Il programma annuale è comunicato dal Revisore Generale al Consiglio per l'Economia che lo valuta e lo approva.

§ 2. II Revisore Generale informa il Consiglio per l'Economia in merito alle proprie attività ogniqualvolta sia necessario e comunque almeno una volta all'anno, dopo aver concluso la revisione contabile dei bilanci consolidati ex Art. 1 §1.

§ 3. L'Ufficio del Revisore Generale aggiorna trimestralmente il Comitato di Revisione del Consiglio per l'Economia sulle attività svolte e in corso di svolgimento, ricevendo eventuali informazioni e indicazioni utili per la propria attività.

Svolgimento dell'attività di revisione

ART. 4

§ 1. Nello svolgimento delle proprie funzioni l'Ufficio del Revisore Generale richiede e ottiene dagli Enti e dalle Amministrazioni oggetto di revisione:

a) di rendere disponibili informazioni e documenti di natura economica o amministrativa necessari al compimento della revisione;

b) di inviare richieste di conferma e di informazioni a terzi, selezionati dall'Ufficio del Revisore Generale, affinché questi rispondano direttamente allo stesso inviando copia della comunicazione anche all'Ente o Amministrazione scrivente;

c) di partecipare a verifiche fisiche di beni e valori;

d) di verificare l'integrità e la sicurezza dei sistemi informativi amministrativo-contabili e di tesoreria;

§ 2. Nello svolgimento delle proprie funzioni, l'Ufficio del Revisore

Generale svolge inoltre ogni altro tipo di procedura di revisione che ritiene appropriata nelle circostanze.

§ 3. Il Revisore Generale:

a) informa il Consiglio per l'Economia, per il tramite del Comitato di Revisione del Consiglio stesso, di eventuali irregolarità rilevate a seguito delle revisioni contabili da lui svolte;

b) invia un rapporto all'Autorità di Informazione Finanziaria, secondo la normativa vigente, ove vi siano fondate ragioni per sospettare che fondi, beni, attività, iniziative o transazioni economiche siano connesse o in rapporto con attività di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo;

c) riferisce all'Autorità Giudiziaria dello Stato della Città del Vaticano competente ogni notizia di reato individuata nel corso della propria attività.

Revisori esterni

ART. 5

§ 1. Il Revisore Generale è consultato nel processo di selezione dei professionisti esterni cui il Consiglio per l'Economia intenda affidare un incarico di revisione contabile ai sensi dell'art. 4 §3 del proprio Statuto.

§ 2. I predetti professionisti esterni debbono attenersi agli stessi principi di revisione contabile adottati dal Revisore Generale in base all'Art. 2.

§ 3. L'Ufficio del Revisore Generale può chiedere al Consiglio per l'Economia di accedere a tutta la documentazione elaborata o esaminata dai predetti professionisti esterni.

Nomina e durata dell'incarico

ART. 6

§ 1. Il Revisore Generale è nominato *ad quinquennium* dal Santo Padre e scelto tra persone di comprovata reputazione, che non esercitino attività incompatibili con l'incarico, che siano libere da ogni conflitto di interesse con la Santa Sede e lo Stato della Città del Vaticano secondo quanto previsto dal *Regolamento Generale della Curia Romana* e che abbiano competenze e capacità professionali riconosciute nelle materie rientranti nell'ambito di attività dell'ufficio. Il Revisore Generale può essere nominato solo per due mandati.

§ 2. Per la nomina del Revisore Generale il Cardinale Coordinatore del Consiglio per l'Economia, sentito il Segretario di Stato e il Prefetto della Segreteria per l'Economia e dopo aver svolto tutte le necessarie verifiche riguardo le qualità personali e la competenza dei candidati, sottopone al Santo Padre una lista di almeno tre candidati.

Segnalazioni di attività anomale

ART. 7

§ 1. Il Revisore Generale riceve dalle persone che ne sono a conoscenza nell'esercizio delle proprie funzioni le segnalazioni su situazioni particolari

connesse a: anomalie nell'impiego o nell'attribuzione di risorse finanziarie o materiali; irregolarità nella concessione di appalti o nello svolgimento di transazioni o alienazioni; atti di corruzione o frode. Il Revisore Generale analizza le segnalazioni e le presenta con una relazione a un'apposita commissione composta dall'Assessore per gli Affari Generali della Segreteria di Stato, dal Prelato Segretario del Consiglio per l'Economia e dal Segretario della Segreteria per l'Economia. La commissione esamina le segnalazioni e, quando esse presentino elementi di fondatezza, le trasmette all'Autorità competente. Alle segnalazioni anonime non viene dato alcun seguito.

§ 2. Il Revisore Generale custodisce la confidenzialità, l'integrità e la sicurezza delle segnalazioni. L'identità della persona che fa una segnalazione (c.d. *whistleblower)* può essere rivelata soltanto all'Autorità giudiziaria quando quest'ultima, con decisione motivata, ne affermi la necessità a fini di indagine o di attività giudiziaria.

§ 3. La segnalazione di attività anomale fatte in buona fede al Revisore Generale non produce alcuna responsabilità per la violazione del segreto di ufficio o di eventuali altri vincoli alla divulgazione che siano dettati da disposizioni di legge, amministrative o contrattuali.

Risorse umane e materiali

ART. 8

§ 1. L'Ufficio del Revisore Generale è dotato di risorse umane e materiali adeguate, proporzionate all'ambito delle sue funzioni istituzionali, secondo la tabella organica approvata a norma del *Regolamento Generale della Curia Romana,* e nei limiti del budget approvato.

§ 2. L'Ufficio del Revisore Generale può servirsi anche di consulenti esterni, se necessario e secondo il budget approvato, per incarichi temporanei e ben definiti.

§ 3. Il personale e i consulenti esterni dell'Ufficio del Revisore Generale sono scelti tra soggetti di comprovata reputazione, che non esercitino attività incompatibili con l'incarico, che siano liberi da ogni conflitto di interesse con la Santa Sede e lo Stato della Città del Vaticano secondo quanto previsto dal *Regolamento Generale della Curia Romana* e che abbiano un adeguato livello di formazione ed esperienza professionale nelle materie rientranti nell'ambito di attività dell'Ufficio. Essi comunicano senza indugio al Revisore Generale il verificarsi di ogni situazione di incompatibilità o di conflitto di interesse che dovesse sorgere durante il loro mandato. Il Revisore Generale adotta in tal caso le appropriate misure di salvaguardia e le comunica al Comitato di Revisione del Consiglio per l'Economia.

§ 4. Per la nomina e l'impiego del personale saranno osservate le norme contenute nel *Regolamento Generale della Curia Romana,* del 30 aprile 1999,

e nel *Regolamento della Commissione indipendente per la valutazione e il conferimento di incarichi del personale della Sede Apostolica,* del 22 ottobre 2012, ed eventuali modifiche e integrazioni.

§ 5. Le risorse finanziarie sono annualmente attribuite all'Ufficio del Revisore Generale sulla base del bilancio preventivo approvato secondo le procedure stabilite; entro i limiti del budget approvato, le risorse finanziarie sono utilizzate dal Revisore Generale in autonomia, secondo criteri di sana gestione finanziaria.

Documentazione e riservatezza

ART. 9

§ 1. Tutti i documenti, i dati e le informazioni in possesso dell'Ufficio del Revisore Generale e degli eventuali consulenti esterni:

a) sono utilizzati esclusivamente per gli scopi previsti dal presente Statuto e dalle leggi vigenti;

b) sono custoditi in modo da garantirne la sicurezza, l'integrità e la confidenzialità; a questo scopo il Revisore Generale adotta i provvedimenti necessari anche qualora tali documenti, dati e informazioni siano custoditi presso altri enti;

c) sono coperti dal segreto d'ufficio.

§ 2. Il Revisore Generale, il personale del suo Ufficio e gli eventuali consulenti esterni impiegati nell'attività dell'Ufficio sono tenuti ad osservare anche ogni ulteriore prescrizione in materia di sicurezza e riservatezza applicabile al personale dell'Ente assoggettato a revisione.

Archivio

ART. 10

§ 1. L'Ufficio del Revisore Generale ha un responsabile della conservazione del suo archivio, che deve essere custodito in un luogo sicuro e protetto.

§ 2. Il Revisore Generale stabilisce direttive e procedure atte a garantire la sicura ed efficace custodia e conservazione dei documenti che possiedano una rilevanza legale e storica, in consultazione con la Commissione Centrale per gli Archivi della Santa Sede e seguendo quanto è stabilito nel Motu Proprio *"La Cura vigilantissima"* del 21 marzo 2005.

Regolamento interno

ART. 11

L'Ufficio del Revisore Generale predispone il proprio regolamento ai sensi dell'art. 1 §2 del *Regolamento Generale della Curia Romana*.

Rinvio alle norme generali

ART. 12

Nelle materie non disciplinate dal presente Statuto si applicano le relative disposizioni del Diritto Canonico e il *Regolamento Generale della Curia Ro-*

mana.

Questo stabilisco nonostante qualsiasi disposizione in contrario, abrogando il precedente Statuto del 22 febbraio 2015.

Il presente Statuto ordino che sia promulgato tramite pubblicazione su *L'Osservatore Romano*, entrando in vigore il 16 febbraio 2019, prima di essere pubblicato sugli *Acta Apostolicae Sedis*.

Dato a Roma, il 21 Gennaio 2019, sesto di Pontificato.

FRANCESCO

LETTERA APOSTOLICA IN FORMA DI «MOTU PROPRIO» DEL SOMMO PONTEFICE

FRANCESCO RIGUARDANTE L'UFFICIO DEL DECANO DEL COLLEGIO CARDINALIZIO

Nel corso dei secoli i Romani Pontefici hanno adeguato alle necessità dei loro tempi la composizione del Collegio dei Padri Cardinali, peculiarmente chiamato a provvedere all'elezione del Supremo Pastore della Chiesa e ad assisterlo nella trattazione delle questioni di maggiore rilievo nella quotidiana cura della Chiesa universale.

Il Santo Papa Paolo VI, di perenne memoria, col *Motu Proprio* dell'11 febbraio 1965, aveva ampliato la composizione del menzionato Collegio dei Padri Porporati, chiamandone a far parte, nell'Ordine dei Vescovi, oltre ai Titolari delle Sedi suburbicarie di Roma, anche quei Patriarchi Orientali che fossero stati insigniti della dignità cardinalizia (cf. *Ad Purpuratorum Patrum Collegium*, AAS, 57 [1965], 295-296).

Col Rescritto *ex Audientia* del 26 giugno 2018 ho provveduto anch'io ad ampliare la composizione dei membri del succitato Ordine dei Vescovi, annoverando nel suo seno alcuni Cardinali titolari di Dicasteri romani ed equiparandoli in tutto ai Cardinali insigniti di una Chiesa suburbicaria e ai Patriarchi Orientali ascritti al medesimo Ordine.

A tale proposito, la normativa della Chiesa, con chiare e precise prescrizioni, ha da tempo saviamente provveduto anche al posto singolare, che in seno al Collegio Cardinalizio, spetta al Cardinale Decano e in sua vece al Sottodecano, chiamati ad esercitare tra i confratelli Porporati una fraterna e proficua presidenza di primazialità *inter pares* (cf. can. 352 § 1). Tali norme, inoltre, prescrivono anche le modalità della loro elezione ad opera dei Confratelli membri dell'Ordine episcopale (cf. cann. 350 § 1 e 352 § 2-3).

Ora, però, avendo accettato la rinunzia all'incarico di Decano del Collegio Cardinalizio dell'Em.mo Sig. Cardinale Angelo Sodano, che ringrazio vivamente per l'alto servizio reso al Collegio dei Porporati nei quasi quindici anni del Suo mandato, ed avuto anche riguardo al fatto che con l'aumento del numero dei Cardinali, impegni sempre maggiori vengono a gravare sulla persona

del Cardinale Decano, mi è sembrato opportuno che d'ora innanzi il Cardinale Decano, che continuerà ad essere eletto fra i membri dell'Ordine dei Vescovi secondo le modalità stabilite dal can. 352 § 2 del Codice di Diritto Canonico, rimanga in carica per un quinquennio eventualmente rinnovabile e al termine del suo servizio, egli possa assumere il titolo di Decano emerito del Collegio Cardinalizio.

A tutti i membri del Collegio Cardinalizio di Santa Romana Chiesa desidero, infine, far giungere la mia profonda gratitudine per il Loro generoso servizio alla Chiesa e al mio ministero di Successore di Pietro, con la mia Benedizione Apostolica.

Dato a Roma, presso San Pietro, il 21 dicembre dell'anno del Signore 2019, settimo del nostro Pontificato.

FRANCESCO

LETTERA APOSTOLICA IN FORMA DI «MOTU PROPRIO»

PER IL CAMBIAMENTO DELLA DENOMINAZIONE DA ARCHIVIO SEGRETO VATICANO AD ARCHIVIO APOSTOLICO VATICANO

L'esperienza storica insegna che ogni istituzione umana, sorta pure con le migliori tutele e con vigorose e fondate speranze di progresso, toccata fatalmente dal tempo, proprio per rimanere fedele a se stessa e agli scopi ideali della sua natura, avverte il bisogno, non già di mutare la propria fisionomia, ma di trasporre nelle diverse epoche e culture i propri valori ispiratori e operare quegli aggiornamenti che si rendono convenienti e a volte necessari.

Anche l'Archivio Segreto Vaticano, al quale i Romani Pontefici hanno sempre riservato sollecitudine e cura in ragione dell'ingente e rilevante patrimonio documentario che conserva, tanto prezioso per la Chiesa Cattolica quanto per la cultura universale, non sfugge, nella sua storia ormai più che quattro volte centenaria, a tali inevitabili condizionamenti.

Sorto dal nucleo documentario della Camera Apostolica e della stessa Biblioteca Apostolica (la cosiddetta *Bibliotheca secreta*) fra il primo e secondo decennio del XVII secolo, l'Archivio Pontificio, che cominciò a chiamarsi Segreto (*Archivum Secretum Vaticanum*) solo intorno alla metà di tale secolo, accolto in confacenti locali del Palazzo Apostolico, crebbe nel tempo in consistenza notevolissima e fin da subito si aprì alle richieste di documenti che pervenivano al Pontefice Romano, al cardinale Camerlengo e poi al cardinale Archivista e Bibliotecario da ogni parte dell'Europa e del mondo. Se è vero che l'apertura ufficiale dell'Archivio ai ricercatori di ogni Paese si avrà soltanto nel 1881, è vero anche che fra il XVII e il XIX secolo molte opere erudite si poterono pubblicare con l'ausilio di copie documentarie fedeli o autentiche che gli storici ottenevano dai custodi e dai prefetti dell'Archivio Segreto Vaticano. Tanto che il celebre filosofo e matematico tedesco Gottfried Wilhelm von Leibniz, il quale pure vi attinse, scrisse nel 1702 che esso poteva considerarsi in certo modo l'Archivio centrale dell'Europa (*quod quodam modo totius Europae commune Archivum censeri debet*).

Questo lungo servizio reso alla Chiesa, alla cultura e agli studiosi di tutto il mondo ha sempre guadagnato all'Archivio Segreto Vaticano stima e riconoscenza, tanto più crescenti da Leone XIII ai nostri giorni, sia in ragione

delle progressive «aperture» della documentazione resa disponibile alla consultazione (che dal prossimo 2 marzo 2020, per mia disposizione, si estenderà fino al termine del pontificato di Pio XII), sia in ragione dell'aumento di ricercatori che sono quotidianamente ammessi all'Archivio medesimo e aiutati in ogni modo nelle loro ricerche.

Tale meritorio servizio ecclesiale e culturale, così apprezzato, bene risponde agli intenti di tutti i miei predecessori, che secondo i tempi e le possibilità hanno favorito le ricerche storiche in così vasto Archivio, dotandolo, secondo i suggerimenti dei cardinali Archivisti o dei prefetti *pro tempore*, di persone, di mezzi e anche di nuove tecnologie. In tal modo si è provveduto alla graduale crescita della struttura dell'Archivio stesso per il suo sempre più impegnativo servizio alla Chiesa e al mondo della cultura, mantenendo sempre fede agli insegnamenti e alle direttive dei Pontefici.

Vi è tuttavia un aspetto che penso possa essere ancora utile aggiornare, ribadendo le finalità ecclesiali e culturali della missione dell'Archivio. Tale aspetto riguarda la stessa denominazione dell'istituto: *Archivio Segreto Vaticano*.

Nato, come accennato, dalla Bibliotheca *secreta* del Romano Pontefice, ovvero dalla parte di codici e scritture più particolarmente di proprietà e sotto la giurisdizione diretta del Papa, l'Archivio si intitolò dapprima semplicemente *Archivum novum,* poi *Archivum Apostolicum,* quindi *Archivum Secretum* (le prime attestazioni del termine risalgono al 1646 circa).

Il termine *Secretum,* entrato a formare la denominazione propria dell'istituzione, prevalsa negli ultimi secoli, era giustificato, perché indicava che il nuovo Archivio, voluto dal mio predecessore Paolo V verso il 1610-1612, altro non era che l'archivio privato, separato, riservato del Papa. Così intesero sempre definirlo tutti i Pontefici e così lo definiscono ancora oggi gli studiosi, senza alcuna difficoltà. Questa definizione, del resto, era diffusa, con analogo significato, presso le corti dei sovrani e dei principi, i cui archivi si definirono propriamente *secreti*.

Finché perdurò la coscienza dello stretto legame fra la lingua latina e le lingue che da essa discendono, non vi era bisogno di spiegare o addirittura di giustificare tale titolo di *Archivum Secretum*. Con i progressivi mutamenti semantici che si sono però verificati nelle lingue moderne e nelle culture e sensibilità sociali di diverse nazioni, in misura più o meno marcata, il termine *Secretum* accostato all'Archivio Vaticano cominciò a essere frainteso, a essere colorato di sfumature ambigue, persino negative. Avendo smarrito il vero significato del termine *secretum* e associandone istintivamente la valenza al concetto espresso dalla moderna parola «segreto», in alcuni ambiti e ambienti, anche di un certo rilievo culturale, tale locuzione ha assunto l'ac-

cezione pregiudizievole di nascosto, da non rivelare e da riservare per pochi. Tutto il contrario di quanto è sempre stato e intende essere l'Archivio Segreto Vaticano, che — come disse il mio santo predecessore Paolo VI — conserva «echi e vestigia» del passaggio del Signore nella storia (*Insegnamenti di Paolo VI*, I, 1963, p. 614). E la Chiesa «non ha paura della storia, anzi la ama, e vorrebbe amarla di più e meglio, come la ama Dio!» (*Discorso agli Officiali dell'Archivio Segreto Vaticano*, 4 marzo 2019: *L'Osservatore Romano*, 4-5 marzo 2019, p. 6).

Sollecitato in questi ultimi anni da alcuni stimati Presuli, nonché dai miei più stretti collaboratori, ascoltato anche il parere dei Superiori del medesimo Archivio Segreto Vaticano, con questo mio Motu Proprio decido che:

da ora in poi l'attuale Archivio Segreto Vaticano, nulla mutando della sua identità, del suo assetto e della sua missione, sia denominato *Archivio Apostolico Vaticano*.

Riaffermando la fattiva volontà di servizio alla Chiesa e alla cultura, la nuova denominazione mette in evidenza lo stretto legame della Sede romana con l'Archivio, strumento indispensabile del ministero petrino, e al tempo stesso ne sottolinea l'immediata dipendenza dal Romano Pontefice, così come già avviene in parallelo per la denominazione della Biblioteca Apostolica Vaticana.

Dispongo che la presente Lettera Apostolica in forma di Motu Proprio venga promulgata mediante pubblicazione sul quotidiano *L'Osservatore Romano*, entrando in immediato vigore a partire da detta pubblicazione, così da essere subito recepita nei documenti ufficiali della Santa Sede, e che, successivamente, sia inserita negli *Acta Apostolicae Sedis*.

Dato a Roma, presso San Pietro, il 22 ottobre 2019, settimo del nostro Pontificato.

FRANCESCO

TRIBUNALE ECCLESIASTICO INTERDIOCESANO SICULO

Corso Calatafimi, 1043 – 90131 Palermo

Il moderatore
Prot. n. 35/2018 Ai Ministri

Agli Avvocati e Procuratori
del Tribunale Ecclesiastico Interdiocesano Siculo
E p.c.
ai Vescovi del TEIS

Carissimi,

nella mia lettera del 18 Luglio u.s., indirizzata agli Ecc.mi Vescovi del Tribunale Ecclesiastico Interdiocesano Siculo, chiedevo ai miei Confratelli la disponibilità ad adottare, nel nostro Tribunale, «un criterio unitario per la presentazione di tutti i libelli, anche quelli per eventuali processi brevi».

Ricevute le adesioni, mi reco a doverosa premura di informarVi che i Vescovi del TEIS sono d'accordo a seguire una linea comune; pertanto, tutti i libelli per eventuali processi più brevi, anche se indirizzati al Vescovo diocesano, d'ora in avanti dovranno essere presentati presso la Cancelleria de Tribunale Ecclesiastico Interdiocesano Siculo, per essere protocollati e incardinati. Sarà cura del Vicario Giudiziale del TEIS, Mons. Antonino Legname, dare seguito alla trattazione delle cause del processo più breve, nel rispetto delle norme canoniche e delle indicazioni espresse dai singoli Vescovi nel Decreto di adesione (Modello A o B).

Gli atti originali del *processus brevior* verranno custoditi nell'Archivio del TEIS.

Profitto volentieri della circostanza per ringraziarVi e per augurarVi buon lavoro.

Palermo, 13 novembre 2018 Vostro aff.mo nel Signore

Il decreto di ammissione della causa alla trattazione con il Processus brevior*: la soluzione del Tribunale Ecclesiastico Interdiocesano Siculo*

Mario Ferrante

Sommario: *1. Cenni introduttivi – 2. Il ruolo decisivo del vicario giudiziale nell'ammissione del libello introduttivo del processo con il rito "più breve" e analogie strutturali con il processo formulare romano – 3. Problemi applicativi della riforma nella dialettica tra tribunale interdiocesano e tribunali diocesani aggregat – 4. La soluzione del Moderatore del Tribunale Ecclesiastico Interdiocesano Siculo – 5. Conclusioni*

1. Cenni introduttivi

1. La riforma del processo matrimoniale canonico, attuata con il M.P. *Mitis Iudex Dominus Ieusus* del 2015, presenta ancora oggi diversi problemi interpretativi e, dunque, applicativi che necessitano di adeguate soluzioni[1]. Il chia-

[1] Cfr. Francesco, *M.P. Mitis iudex Dominus Iesus*, *sulla riforma del processo canonico per le cause di dichiarazione di nullità del matrimonio nel Codice di Diritto Canonico; M.P. Mitis et misericors Iesus, sulla riforma del processo canonico per le cause di dichiarazione di nullità del matrimonio nel Codice dei Canoni delle Chiese Orientali*, entrambi del 15.VIII.2015, LEV, Città del Vaticano, 2015. Non ci soffermeremo, in questa sede, ad analizzare in dettaglio le singole norme di cui si compone la riforma voluta da Francesco, cosa che richiederebbe un'autonoma trattazione, ma ci limiteremo solo a trattare dei profili strettamente correlati al titolo del nostro lavoro. Per un'analisi della riforma del diritto processuale matrimoniale canonico si rinvia a: senso 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 2016; Santiago Bueno Salinas, *La reforma de los procesos canónicos de declaración de nulidad de matrimonio. La celeridad del proceso*, nella rivista telematica *Revista general de derecho canónico y derecho eclesiástico del Estado, www.iustel.com,* XL, 2016, p. 16 ss.; Ottavio De Bertolis, *Papa Francesco riforma il processo canonico matrimoniale,* in *La civiltà cattolica*, CLXVI, 2015, IV, p. 60 ss.; Massimo Del Pozzo, *L'organizzazione giudiziaria ecclesiastica alla luce del m. p. "Mitis iudex"*, in *Stato e Chiese, Rivista telematica (www.statoechiese.it)*, novembre 2015, p. 1 ss.; Cyrille Dounot, *La reforme de la procedure des nullites de mariage au regard des principes juridiques*, in *Catholica*, 130, 2016, p. 70 ss.; Id., *La réforme du droit processuelle de l'Église, une révolution qui ne dit pas son nom*, in *Semaine juridique, Édition générale*, 39, 21 settembre 2015, p. 988 ss.; Bernard Du Puy-Montbrun, *Analyse canonique du Motu proprio Mitis Iudex Dominus Iesus*, in *Liberté politique*, ottobre 2015, *www.libertepolitique.com*, p. 1 ss.; Joaquín Llobell, *Alcune*

rimento di questi dubbi ermeneutici è propedeutico al fine di dare concreta attuazione alla riforma, una volta trovato il necessario equilibrio nell'immanente bipolarismo esistente fra le esigenze pastorali e i principi giuridici posti a garanzia di un giusto processo.

Tra le difficoltà ermeneutiche scaturenti dalla riforma, merita menzione quella presa in oggetto dal decreto del Moderatore del Tribunale Ecclesiastico Interdiocesano Siculo del 13 dicembre 2018 sopra riportato.

Con detto decreto si cerca di porre rimedio ad una situazione di incertezza applicativa della riforma concernente la competenza a ricevere – e, dunque, ad ammettere – i libelli con cui si chiede l'ammissione al *processus brevior*, previsto dal nuovo testo del can. 1683.

Invero, se non ci sono particolari problemi di competenza ove il libello introduttivo del processo breviore venga presentato al vicario giudiziale di una diocesi che non afferisce ad un tribunale interdiocesano, le cose si complicano nel caso in cui il tribunale diocesano competente (*ex* can. 1672) faccia parte di un più ampio tribunale interdiocesano. In tale ultima ipotesi, il testo normativo nulla dice circa la competenza funzionale a decidere sull'ammissione del libello, se spetti, cioè, al vicario giudiziale diocesano o a quello interdiocesano[2]. Ne deriva che resta incerto anche a chi tra i due vicari giudiziali competa la conseguente e fondamentale decisione a scegliere la via processuale del rito più breve o di quello ordinario.

Si tratta di un rilevante snodo processuale in quanto l'introduzione del processo breviore costituisce (unitamente all'abolizione della doppia sentenza conforme) uno dei cardini fondanti il progetto di innovazione e cambiamento dei procedimenti di nullità matrimoniale, fortemente voluto da Papa Francesco, in vista dell'attuazione di uno dei principi ispiratori della riforma: la celerità dei processi (*quamprimum, salva iustitia*)[3]. È, infatti, appena il caso

---

questioni comuni ai tre processi per la dichiarazione di nullità del matrimonio previsti dal m.p. "Mitis Iudex", in *Ius Ecclesiae*, XXVIII, 2016; Mario Ferrante, *La riforma del processo canonico di nullità matrimoniale*, *Focus su Newsletter OLIR.it*, Anno XII, 10, 2015; Francis G. Morrisey, *The Motu Proprio Mitis Iudex Dominus Iesus,* in *The semplification of marriage nullity procedures*, Faculty of Canon Law, Saint Paul University, Ottawa, 2015; Philippe Toxé, *La réforme des procès en nullitè de mariage en Droit canonique latin*, in *Nova et vetera*, XC, 2015, p. 378 ss.; Adolfo Zambon, *Il motu proprio Mitis Iudex Dominus Iesus. Prima presentazione. Testo aggiornato al 21 ottobre 2015*, pubblicato sul sito dell'Associazione Canonistica Italiana, *www.ascait.org*.

[2] Come ricorda Massimo del Pozzo, *L'ampliamento del ruolo processuale del Vicario giudiziale nel 'sistema' del Mitis iudex*, in *Stato e Chiese, Rivista telematica (www.statoechiese.it)*, fascicolo n. 28 del 2019, p. 55, «La vera *crux interpretum* resta forse la relazione e l'eventuale riserva di competenze tra Vicario giudiziale diocesano e interdiocesano in materia matrimoniale».

[3] Invero, sembra possibile affermare che la riforma voluta da Papa Francesco poggi su tre distinti pilastri costituiti rispettivamente dal *M.P. Dominus Mitis Iudex* (che ne rappresenta la cornice generale dal punto di vista strettamente normativo) dal *Rescriptum ex audientia* del 7 dicembre 2015 (che,

di rimarcare l'importanza basilare del momento iniziale del processo che consente di circoscrivere e definire i termini del giudizio, specie sotto il profilo della qualificazione formale e individuazione della natura giuridica del processo da incoare.

Ed è proprio nel tentativo di sciogliere questo nodo gordiano posto dalla riforma che si inserisce il decreto del Moderatore del Tribunale Ecclesiastico Interdiocesano Siculo del 13 dicembre 2018 il cui commento richiede, però, una breve analisi di alcune criticità della nuova procedura introdotta col *M.P. Mitis Iudex*.

2. Il ruolo decisivo del vicario giudiziale nell'ammissione del libello introduttivo del processo con il rito "più breve" e analogie strutturali con il processo formulare romano

Nonostante l'importanza basilare che il *processus brevior* assume nell'architettura complessiva della riforma, la nuova normativa codiciale è risultata – nella sua applicazione pratica in ambito forense – piuttosto lacunosa, lasciando non solo ampi margini di discrezionalità (tutto sommato condivisibili) ai singoli vicari giudiziali ma anche dei discutibili ambiti di ambiguità applicativa, col rischio di incidere su valori basilari come quello della certezza del diritto e, persino, della *salus animarum fidelium*.

Una delle lacune legislative presenti nella riforma è proprio quella relativa alla sopra ricordata dicotomia funzionale – tra vicario diocesano e interdiocesano – a ricevere i libelli introduttivi di un *processus brevior* e, conseguentemente, a decidere circa la sua concreta utilizzabilità nei singoli casi proposti.

Invero, analizzando il combinato disposto i canoni 1673, 1676, § 2 e 1683 del *Mitis Iudex*, non viene specificato a quale vicario giudiziale debba essere presentato tale tipo di libello qualora il vescovo – avvalendosi della facoltà espressamente riconosciutagli dal can. 1673, § 2 – pur avendo istituito in diocesi un proprio tribunale abbia, comunque, aderito a un tribunale interdiocesano.

In detta ipotesi, nel silenzio della legge, vi sono due distinti soggetti potenzialmente legittimati a ricevere un libello introduttivo di un processo breviore:

---

con riferimento specifico alla Rota Romana, ne precisa i contenuti anche in continuità con le facoltà speciali concesse nel 2013 da Papa Benedetto XVI) e dal Capitolo 8 dell'Esortazione Apostolica *Amoris Laetitia* dell'8 aprile 2016 che ne costituisce un supporto pastorale e fornisce le soluzioni per i casi che non rientrano nell'ambito della praticabilità giuridica del processo matrimoniale. In argomento Cfr. Mario Ferrante, *Riforma del processo matrimoniale canonico e delibazione*, in *Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica*, vol. 2, pp. 313-336.

il vicario del tribunale diocesano e il vicario giudiziale del tribunale interdiocesano.

Il primo radica la propria giurisdizione, in virtù del logico corollario di uno dei principi ispiratori della riforma, ossia in quello di "prossimità", secondo cui "il Vescovo stesso nella sua Chiesa, di cui è costituito pastore e capo, è per ciò stesso giudice tra i fedeli a lui affidati" [4]. In base a tale principio, la competenza giuridico/pastorale a decidere su tale tipo di cause (recuperando la tradizione canonistica dell'*Episcopalis audientia*) è rimessa al vescovo diocesano in considerazione della rivalutazione del ruolo di giudice che gli è proprio "specialmente nel processo più breve, che viene stabilito per risolvere i casi di nullità più evidente" [5].

A sua volta il vicario giudiziale del tribunale interdiocesano fonda la propria competenza nell'atto di adesione del singolo vescovo a tale più ampio organo giudiziario, al quale – ferma restando la competenza vescovile esclusiva ad emettere la decisione finale – viene delegato il compimento degli atti processuali previ (previsti, ad esempio, dal can. 1676, § 2) come, appunto, stabilire "se la causa debba trattarsi con il processo ordinario o con il processo più breve" [6].

---

[4] Le motivazioni di questo recupero del ruolo giudicante del vescovo diocesano sono spiegate con chiarezza nel Proemio del M.P. *Mitis Iudex Dominus Iesus*. Con tale riforma strutturale si è, infatti, voluto rivalutare ed esaltare il ruolo di giudice/pastore che compete al vescovo diocesano. In tal modo, chiarisce il *M.P. Mitis Iudex*, si è anche inteso realizzare uno scopo tuzioristico e cioè – come spiega Francesco – scongiurare il rischio che, proprio con riferimento al nuovo *processus brevior*, "un giudizio abbreviato possa mettere in pericolo il principio dell'indissolubilità del matrimonio", volendo che "in tale processo sia costituito giudice lo stesso Vescovo, che in forza del suo ufficio pastorale è con Pietro il maggiore garante dell'unità cattolica nella fede e nella disciplina". In argomento cfr. Joaquín Llobell, *Circa i motivi del M.p. "Mitis Iudex" e il suo inserimento nel sistema delle fonti,* in *Ius et matrimonium*, II, *Temi processuali e sostanziali alla luce del motu proprio Mitis Iudex Dominus Iesus*, a cura di Héctor Franceschi, Miguel Ángel Ortiz, EDUSC, Roma, 2017, pp. 25-64.

[5] Cfr. Gianluca Rabino, *Ipse Episcopus iudex: ritorno alla tradizione canonica?*, in *Stato e Chiese, Rivista telematica (www.statoechiese.it)*, fascicolo n. 26 del 2017, p. 2 ss.; Luigi Sabbarese, Raffaele Santoro, *Il processo matrimoniale più breve. Disciplina canonica e riflessi concordatario*, EDB, Bologna, 2016, pp. 37-47. Per una ricostruzione storica, cfr. Giulio Vismara, *Episcopalis audientia: l'attività giurisdizionale del vescovo per la risoluzione delle controversie private tra laici nel diritto romano e nella storia del diritto italiano fino al secolo nono*, Vita e Pensiero, Milano, 1937.

[6] Sul punto cfr. Julián Ros Córcoles, *El vicario judicial y el instructor en los procesos de nulidad matrimonial tras el motu proprio Mitis Iudex*, in *Ius Canonicum*, 56, 2016, pp. 87-103; Erasmo Napolitano, *Le competenze del vicario giudiziale dopo la riforma del processo matrimoniale canonico*, in AA. VV., *Studi in onore di Carlo Gullo*, vol. III, LEV, Città del Vaticano, 2017, pp. 575-590; Manuel Jésus Arroba Conde, *La relazione tra potestà giudiziale episcopale e uffici tecnici nel processus brevior*, in AA.VV., *Studi in onore di Carlo Gullo*, vol. III, op. ult. cit., pp. 786-790; Fabio Franchetto, *Vicario giudiziale e Vicario giudiziale aggiunto*, in *I soggetti del nuovo processo matrimoniale canonico (Atti del XLIX Congresso Nazionale dell'Associazione Canonistica Italiana, Pescara 4-7 settembre 2017)*, a cura di Carlo Fusco, Giovanni Moscariello, LEV, Città del Vaticano, 2018, pp. 129-156.

Analizzando la struttura architettonica della riforma per valutare gli elementi a favore delle due possibili soluzioni applicative, favorire il vicario interdiocesano offre – da un punto di vista sistematico – più garanzie di uniformità e di omogeneità di giudizi e di coerenza nei criteri per l'ammissione dei libelli tra le diocesi tra loro territorialmente vicine. Al contempo, però, prediligere i vicari giudiziali diocesani potrebbe apparire, *prima facie*, più in linea con lo spirito della riforma che intende garantire un ruolo più attivo del vescovo diocesano e della struttura giudiziaria a lui connessa. Invero, tale ultima soluzione sembrerebbe favorire l'interazione e la sinergia tra pastorale e diritto garantita dal rinnovato ruolo giudicante del vescovo diocesano – voluto dalla riforma processuale del 2015 – in ossequio al principio di prossimità[7].

In ogni caso, l'individuazione del vicario competente a ricevere il libello introduttivo del *processus brevior*, implica l'attribuzione allo stesso di un potere decisorio fondamentale la cui importanza, per certi versi, è pari – sia pure sul piano squisitamente procedurale – a quella relativa alla decisione finale nel merito. Infatti, con il decreto *de qua agitur,* il vicario giudiziale determina e radica funzionalmente la competenza del vescovo diocesano a decidere in forma breve il matrimonio impugnato.

Volendo esemplificare con una metafora sportiva, è il vicario giudiziale adito che offre al vescovo diocesano il necessario *assist* per decidere in forma breve il processo matrimoniale, quasi investendolo *ad actum* della competenza a decidere il caso[8].

Si tratta, dunque, di una procedura bifasica che, in qualche modo, sembra riproporre, *mutatis mutandis*, la distinzione tipica del processo formulare romano che, come è noto, si articolava in una prima fase innanzi al magistrato giusdicente (fase *in iure*) in cui venivano fissati i termini della lite, e una seconda fase innanzi a un giudice privato (fase *apud iudicem* o *in iudicio*) che poteva anche essere monocratico (*iudex unus*) con funzione arbitrale.

---

[7] Cfr. Luigi Sabbarese, *Il processo più breve dinanzi al Vescovo diocesano*, in *Questa Rivista*, 11, 2016, p. 84 ss.; Manuel Jésus Arroba Conde, Claudia Izzi, *Pastorale giudiziaria e prassi processuale nelle cause di nullità del matrimonio. Dopo la riforma operata con il motu proprio Mitis Iudex Dominus Iesus*, San Paolo, Cinisello Balsamo, 2017; Massimo Del Pozzo, *Chiarimenti pontifici sul "processus brevior". Riflessioni alla luce del Discorso del 25 novembre 2017*, in *Ius Canonicum*, 58, 2018, pp. 503-537.

[8] Condivide questa opinione Geraldina Boni, *La recente riforma del processo di nullità matrimoniale. Problemi, criticità, dubbi (parte seconda)*, cit., p. 33, la quale, afferma che: «È comunque il vicario giudiziale il fulcro attorno al quale tutto ruota (e questo si riverbererà sull'equilibrio della 'gestione' dell'intera attività processuale del tribunale), forse più ancora del vescovo (vicario giudiziale che potrebbe anche autodesignarsi istruttore del *processus brevior* – art. 16 RP..». Sul rapporto tra vicario giudiziale e vescovo si veda anche Davide Salvatori, *Principi deontologici forensi nella prospettiva dell'ufficio del vicario giudiziale*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, 23, 2010, p. 8.

Ovviamente, nel *processus brevior* al posto del giudice privato troviamo il vescovo diocesano (con il suo peculiare ruolo di giudice/pastore) ma, tuttavia, permane una certa analogia strutturale con il processo *per formulas* come è attestato, ad esempio, dalla circostanza che nella prima fase (*in iure*) del processo formulare era richiesta la presenza di entrambe le parti in causa (come anche nell'odierno *brevior*), non essendo consentito un processo contumaciale.

Durante lo stadio iniziale del processo le parti illustravano le proprie ragioni al magistrato giusdicente (munito cioè di *iurisdictio*), e sotto la sua direzione trasfondevano i termini della controversia nella *formula* (analoga alla formulazione del dubbio *ex* can. 1685) in base alla quale poi il giudice privato avrebbe dovuto giudicare nella seconda fase del processo. Raggiunto l'accordo sulla redazione della formula, si aveva la *litis contestatio* (che costituiva una sorta di programma del giudizio) con cui si chiudeva la fase *in iure*, e si poteva passare alla fase *apud iudicem*[9].

Con la contestazione della lite che concede il giudizio (c.d. *datio actionis*) in forma breve, analogamente al processo formulare romano, cessa la competenza del vicario giudiziale, così come cessava quella del magistrato romano e – proseguendo nella nostra metafora calcistica – la "palla", cioè la decisione finale, viene passata al vescovo diocesano per la *iudicatio*.

3. Problemi applicativi della riforma nella dialettica tra tribunale interdiocesano e tribunali diocesani aggregati

Al fine di meglio comprendere l'importanza della questione, basti qui ricordare che l'atto di ricezione del libello con cui viene richiesta la procedura abbreviata non è un semplice atto formale scevro di conseguenze giuridiche e pastorali. Anzi, pare possibile affermare che proprio il momento introduttivo costituisce, in tale tipologia di procedura, uno degli aspetti più delicati in gra-

---

[9] Il processo *per formulas* prende il nome da un documento scritto, detto appunto *formula* (o *iudicium*), concordato dalle parti (attore e convenuto) innanzi al magistrato giusdicente, e indirizzato a un giudice privato, unico o collegiale, che avrebbe dovuto emettere la sentenza. Il giudice, infatti, avrebbe dovuto condannare o assolvere il convenuto basandosi sui termini della controversia trasfusi nella formula così come essa veniva concessa dal magistrato giusdicente alla fine della prima fase del processo (fase *in iure*). La *formula*, quindi, era il programma di giudizio, rivolto al giudice, sul quale si fondava il processo; e anzi il processo si considerava istituito soltanto quando, con la *litis contestatio*, il magistrato munito di *iurisdictio* concedeva la *formula* (*iudicium dabat*) così come essa risultava concepita per accordo delle parti in causa, le quali, a loro volta, avrebbero partecipato alla *litis contestatio*: l'attore infatti *iudicium dictabat* (recitava la formula) e il convenuto *iudicium accipiebat* (accettava la formula). In argomento si rinvia a Biondo Biondi, *Istituzioni di diritto romano. Ius, fonti, processo*, Giuffrè, Milano, 1972, pp. 94 -102; Matteo Marrone, *Istituzioni di diritto romano*, Palumbo, Palermo, 1984, pp. 96-110; Pasquale Voci, *Istituzioni di diritto romano*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 179-204.

do di condizionare l'esperibilità stessa del *processus brevior*.

Invero, a tacer d'altro, compete al vicario giudiziale adito stabilire se il libello con cui si chiede l'accesso alla procedura breviore rispetti i requisiti soggettivi e, soprattutto, oggettivi, richiesti dal can. 1683 e, dunque, decidere (*decernat*) – con un decreto di dubbia e complessa appellabilità – se concedere o meno il ricorso alla procedura abbreviata (*et decernat utrum causa processu ordinario an processu breviore… tractanda sit*)[10].

A ciò si aggiunge che per il caso di violazione dei requisiti normativi per l'ammissione al *processus brevior* non sono previste delle clausole irritanti *ex* can. 10 e – salvo che sia individuabile una nullità *ex natura rei* – si corre il rischio di interpretazioni estremamente ampie e libere da parte dei singoli vicari giudiziali, senza neppure il pericolo di incappare in una nullità del decreto di ammissione alla modalità breviore[11].

In particolare, occorre ricordare che il can. 1683, 2° richiede ai fini dell'esperibilità della processo più breve che "ricorrano circostanze di fatti e di persone, sostenute da testimonianze o documenti, che non richiedano una inchiesta o una istruzione più accurata, e rendano manifesta la nullità" [12].

Si tratta di una disposizione normativa alquanto vaga e generica che lascia un'ampia discrezionalità al vicario giudiziale e che non viene certamente cor-

---

[10] Sul punto dell'appellabilità di tali decreti si rinvia a Giuseppe Sciacca, *Il diritto di appellare nel processus brevior e nel processo ordinario*, in AA.VV., *Studi in onore di Carlo Gullo*, Vol. III, LEV, Città del Vaticano, 2017, pp. 727-738; Gianpaolo Montini, *De iudicio contentioso ordinario. De processibus matrimonialibus, II/2 Pars dynamica. Addenda, ad usum auditorum,* Roma, 2018, pp. 32-34, dove si ricorda che: «la dottrina appare orientata a negare l'appello avverso il decreto con il quale si nega il *processus brevior*; e giustamente poiché la decisione di negare il *processus brevior* non ha *vis sententiae definitivae* (cf. can. 1629, 4°; 1618). Tuttavia lo stesso autore afferma che una volta «escluso l'appello, si pone il problema della sua ricorribilità" e prosegue affermando che è "impossibile escludere il ricorso allo stesso vicario giudiziale che ha emanato la decisione; il ricorso dovrà essere motivato. Nel caso che sia già costituito il collegio è evidente che il ricorso sarà presentato al collegio» (p. 32). In ogni caso, conclude l'A. «esclusa l'appellabilità e limitata la ricorribilità, rimane – come è ovvio – la facoltà di provocare alla Segnatura Apostolica in funzione di vigilanza sulla retta amministrazione della giustizia, per un intervento con ampi margini di discrezionalità» (p. 34).

[11] Nello stesso senso Gianpaolo Montini, *Gli elementi pregiudiziali del* processus brevior*: consenso delle parti e chiara evidenza di nullità*, in AA.VV., *Prassi e sfide dopo l'entrata in vigore del* M.P. Mitis Iudex Dominus Iesus *e del* Rescriptum ex audientia *del 7 dicembre 2015*, LEV, Città del Vaticano, 2018, p. 48, secondo cui: «L'assenza di clausole irritanti (a norma del can. 10) nel can. 1683, nn. 1-2» fa sì che «l'eventuale nullità per assenza dei requisiti *de quibus* o per violazione del medesimo prescritto dovrà essere provata *ex ipsa natura rei*, ossia per mancanza di '*quae actum ipsum essentialiter constituunt*' (can. 124, § 1)».

[12] Cfr. Paolo Bianchi, *Criteri per l'accettazione del "processus brevior"*, in AA.VV., *Ius et matrimonium*, vol. II, *Temi processuali e sostanziali alla luce del Motu proprio Mitis Judex Dominus Jesus*, EDUSC, Roma, 2017, pp. 352-355; William L. Daniel, *The Abbreviated Matrimonial Process before the Bishop in Cases of "Manifest Nullity" of Marriage*, in *The Jurist*, 75, 2015, p. 590 ss.; Adolfo Zambon, *La presentazione del libello,* in *La riforma dei processi matrimoniali di papa Francesco. Una guida per tutti*, a cura della *Redazione di Quaderni di diritto ecclesiale*, Ancora, Milano, 2016, pp. 42-43.

retta dal disposto dell'art. 14 delle Regole procedurali annesse al *Mitis Iudex*, laddove si elencano in modo asseritamente esemplificativo solo alcune delle "circostanze" che possono costituire – secondo l'i*d quod plerumque accidit* – dei chiari indici di manifesta nullità e che, dunque, "possono consentire la trattazione della causa di nullità del matrimonio per mezzo del processo più breve secondo i cann. 1683-1687" [13].

In altri termini, le circostanze cui fa riferimento il citato art. 14 sono tutte tratte dall'esperienza giurisprudenziale della Rota Romana e rappresentano quelle che potremmo definire delle *Praesumptiones Iurisprudentiae* o *Hominis* (ovviamente *iuris tantum*)[14] e che costituiscono, quindi, degli indizi comuni e presumibili di nullità matrimoniale ma non certo dei nuovi motivi di nullità, o, peggio, di "divorzio" camuffato da nullità, come pure è stato ipotizzato[15].

A riprova del fatto che viene lasciata ogni e più ampia discrezionalità al vicario giudiziale adito, si ricorda che l'art. 14, come è noto, si conclude con un inconsueto e atecnico (per un testo legislativo) "ecc." che – sebbene per questo molto criticato – trova, però, una possibile giustificazione nel carattere universale del diritto canonico – destinato ad essere applicato, per definizione, *ubicumque terrarum* – che induce a ritenere opportuno lasciare ampia

---

[13] Sul punto Frans Daneels, *The abbreviated Matrimonial Process for the Declaration of Nullity of Marriage*, in *The Jurist*, 75, 2015, pp. 566-590; ID., *A first Approach to the Reform of the Process for the Declaration of Nullity of Marriage*, in *The Jurist*, 76, 2016, p. 131 ss.

[14] In senso critico cfr. Geraldina Boni, *La recente riforma del processo di nullità matrimoniale. Problemi, criticità, dubbi (parte seconda)*, cit., pp. 17-18, la quale, dopo avere affermato che si tratta di «aprioristiche *praesumptiones hominis* che, 'normativizzate', slittano infidamente in *praesumptiones iuris*», conclude asserendo che «ci sembra inevitabile che tali circostanze di fatto tenderanno a trasformarsi in canali di accesso immediato al *processo brevior*, se non – e questa sarebbe, a nostro avviso, una 'sciagura' sostanziale e processuale – in veri e propri capi di nullità». In realtà, sembra che si tratti di una disposizione in linea con quanto stabilito dall'art. 216, §1 dell'Istruzione *Dignitas Connubii* dove si legge che: «Il giudice non formuli presunzioni che non sono stabilite dal diritto...». In questo caso, infatti, vi è una precisa norma che stabilisce delle presunzioni utilizzabili da parte del giudice non per giudicare – si ripete – sulla validità del vincolo, bensì solo come criterio oggettivo per decidere quale rito utilizzare. Tutte le presunzioni debbono essere considerate circostanze particolari nelle quali con maggiore frequenza che in altre si verifica la nullità del matrimonio, proprio dovuto a quella circostanza particolare. anche se non è lecito concludere che tutti i matrimoni celebrati in quelle circostanze siano nulli. In argomento si rinvia a Pier Antonio Bonnet, *L'argomentazione presuntiva e il suo valore probatorio*, in AA.VV., *Presunzioni e matrimonio*, Città del Vaticano, 2012, specialmente p. 105 ss.; nonché Miguel Ángel Ortiz, *Circa l'uso delle presunzioni nelle cause di nullità del matrimonio*, in *Ius Ecclesiae*, VIII (1996), p. 839 ss.; Charles J. Scicluna, *The use of «lists of presumptions of fact» in marriage nullity cases*, in *Forum*, VII (1996), p. 45 ss.; Gianluca Belfiore, *I processi di nullità matrimoniale nella riforma di Papa Francesco*, Grafiser, Troina, 2017, pp. 158-159.

[15] Così Nicola Colaianni, *Il giusto processo di delibazione e le "nuove" sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica (www.statoechiese.it)*, dicembre 2015, p. 22.

discrezionalità ai locali vicari giudiziali di valutare gli *adiuncta rerum loci* con sufficiente autonomia, senza cioè troppi vincoli legislativi, dando così la possibilità ai singoli vicari giudiziali di ogni parte del modo di attribuire adeguata rilevanza alle peculiari circostanze fattuali tipiche del luogo in cui si deve incoare il *processus brevior*. Per tale via, si ottiene l'importante effetto di realizzare una sorta di "inculturazione normativa" della riforma che appare strettamente connessa e, si direbbe, quasi conseguenziale rispetto al ricordato principio ispiratore della prossimità che deve essere intesa non solo in senso soggettivo (vescovo/giudice) ma anche culturale.

Tuttavia, se siffatta (comprensibile) preoccupazione di avvicinare il più possibile ai fedeli la riforma su uno dei punti più delicati di essa – e cioè il ricorso al *processus brevior* – può trovare giustificazione sul piano globale, cioè a dire avendo davanti la prospettiva universalistica e internazionale della Chiesa cattolica (si pensi a regioni del mondo dove vi sono diocesi con dimensioni territoriali molto estese); maggiori problemi applicativi sorgono allorquando si applica la riforma su singoli e più ristretti ambiti territoriali, specie in paesi (come l'Italia) dove vi è un grande numero di diocesi spesso molto vicine tra di loro[16].

---

[16] In Italia ci sono 226 diocesi, un'anomalia assoluta confrontando con il resto del mondo. Ventisette anni fa, prima della fusione e dell'accorpamento di molte piccole diocesi, che pure suscitò proteste, le diocesi erano 325. Essa venne posta con particolare forza per la prima volta nel 1929. Mussolini aveva pattuito una riduzione per renderla pari alle province con l'evidente intento di far coincidere l'Italia civica con l'Italia sacra per facilitare ai prefetti il controllo della Chiesa. C'era una clausola in tal senso all'art. 16 del Concordato lateranense del 1929 in base al quale «Le Alte Parti contraenti procederanno d'accordo, a mezzo di commissioni miste, ad una revisione della circoscrizione delle diocesi, allo scopo di renderla possibilmente rispondente a quella delle province dello Stato». Ma non se ne fece nulla. Paolo VI nel 1964 riprese la questione, parlando il 14 aprile all'assemblea dei vescovi di "eccessivo numero delle diocesi". Dopo le parole di Montini la CEI costituì una commissione detta "dei Quaranta", che elaborò un progetto di riduzione tra 118 e 122. E' uno studio di 2800 pagine, che il 1 luglio 1968 venne consegnato alla Congregazione dei vescovi. Ma, secondo quanto ha scritto la rivista *Jesus* nel 1986, che ne rivelò tutti i dettagli, le pressioni contrarie del governo italiano furono tali per cui quel progetto finì chiuso a chiave negli archivi. Nel 1986 venne fatta una fusione di molte piccole diocesi attraverso accorpamenti. Ci furono proteste e manifestazioni. All'epoca il Segretario della Congregazione dei vescovi Mons. Moreira Neves scrisse sull'Osservatore Romano presentando la riforma parziale che 119 è il numero delle diocesi italiane "ritenuto molto vicine all'ideale". Di recente, su impulso di Papa Francesco si è dato vita ad un nuovo tentativo di riduzione delle diocesi italiane ancora in corso di studio tanto è vero che la Congregazione dei vescovi ha dato indicazioni alle Conferenze regionali italiane di inviare il loro parere circa un progetto di riordino delle diocesi. Sul punto cfr. *http://www.famigliacristiana.it/articolo/cei-nuovo-progetto-vaticano-di-riduzione-delle-diocesi.aspx*. In argomento si veda Cesare Zaggia, *I tribunali interdiocesani o regionali nella vita della Chiesa*, in *«Dilexit iustitiam». Studia in honorem Arelii Card. Sabatani*, a cura di Zenon Grocholewski, Vicente Cárcel Ortí, LEV, Città del Vaticano, 1984, p. 133 ss.; Paolo Bianchi, *I Tribunali ecclesiastici regionali italiani: storia, attualità e prospettive. Le nuove norme CEI circa il regime amministrativo dei Tribunali ecclesiastici regionali italiani*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, X (1997), pp. 399-400. In altri termini, in attuazione del ricordato dovere/diritto di ogni Vescovo di dotarsi di un proprio tribunale, in un prossimo futuro si avranno in Italia, se non proprio un tribunale

In tale ultima ipotesi, a ben vedere, vi è la concreta possibilità che il formarsi di orientamenti giurisprudenziali diversi tra tribunali diocesani viciniori possa ingenerare confusione e, persino, scandalo tra i fedeli (con conseguenti potenziali rischi anche per la *salus animarum fidelium*).

Invero, nel caso di diocesi limitrofe lo svilupparsi di orientamenti giurisprudenziali locali molto diversi tra loro circa la possibilità di ricorrere ad un giudizio avvertito nel sentire comune come più favorevole potrebbe – nel caso di facili e inevitabili paragoni – rimandare un segnale di lassismo nel caso di facili ammissioni alla procedura breve o ad accuse di eccessiva rigidità per un'applicazione restrittiva della nuova forma procedurale, in ogni caso foriera di vissuti negativi verso l'amministrazione della giustizia ecclesiastica[17].

Inoltre, il paventato rischio di interpretazioni giurisprudenziali assai diverse tra vicari giudiziali di tribunali diocesani facenti parte della stessa regione o, addirittura, della medesima provincia ecclesiastica, potrebbe spingere le parti ad un *forum shopping,* cercando di spostare surrettiziamente la competenza territoriale in cerca di un tribunale diocesano "più favorevole" (ricordiamo che la disposizione sanzionatoria di cui al can. 1488, § 2 vale solo per gli avvocati e non anche per le parti) [18], ossia di un tribunale il cui vicario diocesano adotti dei criteri più elastici nel ricorrere al *processus brevior*.

Come si è già avuto modo di evidenziare in altra sede, le parti, avvalendosi dei modificati criteri di radicamento della competenza territoriale di cui al can. 1672, potrebbero cercare di rivolgersi a dei tribunali – anche facenti parte della stessa regione ecclesiastica – i cui vicari giudiziali adottano un criterio più benevolo ed elastico verso i processi breviori, magari facendo ricorso all'innovativo ed estremamente duttile criterio del quasi-domicilio anche di una sola delle parti[19].

---

per ogni diocesi, certamente un numero di tribunali ecclesiastici ben maggiore di quelli esistiti dalla promulgazione del *M.P. Qua cura* con cui nel 1938 Papa Pio XI istituì i tribunali regionali, sino alla riforma di Francesco.

[17] Condivide la sussistenza di questo rischio Geraldina Boni, *La recente riforma del processo di nullità matrimoniale. Problemi, criticità, dubbi (parte seconda)*, cit., pp. 34-35, la quale, afferma che: «Tra l'altro occorre tenere conto che i vicari giudiziali possono nutrire convinzioni difformi ed essere più o meno 'transigenti' ovvero 'larghi' nell'ammissione al processo *brevior*: il tutto magari a pochi chilometri di distanza con difformità di trattamento dei fedeli».

[18] In argomento cfr. Marco Canonico, *La deontologia dell'avvocato matrimonialista*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica (www.statoechiese.it)*, aprile 2015, p. 18.

[19] Sul punto 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*, Vol. II, LEV, Città del Vaticano, 2017, pp. 376-380, dove si ricorda che «è oggi teoricamente possibile modificare la competenza per territorio semplicemente fissando il quasi-domicilio asserendo di avere l'intenzione (resta da capire come andrebbe provata, salvo fare il classico processo alle intenzioni) in una diocesi dove si ritiene che il tribunale sia 'più favorevole' ai sensi del can. 1488, § 2, senza

Come sa bene chi è quotidianamente impegnato a prestare il proprio servizio nella pratica forense quale operatore dei tribunali, non si tratta di un rischio remoto, in quanto il ricorso alla procedura breviore viene avvertito dai fedeli quasi come un diritto inalienabile e viene spesso non solo invocato ma persino preteso, in quanto tale procedura, come detto, viene avvertita come più semplice (a tacer d'altro per la semplificazione probatoria) e certamente più rapida per definire le situazioni matrimoniali in crisi magari in vista del passaggio a nuove nozze.

Ne consegue che la citata e descritta dicotomia procedurale lasciata aperta dalla riforma circa la competenza a decidere sulla possibilità di ricorrere al processo più breve – quantomeno in realtà ecclesiali come quella italiana – farebbe propendere per una soluzione, per così dire, più "centralizzata" e uniforme, ossia rimessa al vicario giudiziale del tribunale interdiocesano al quale spetterebbe di porre in essere un attento discernimento sul tipo di giudizio da adottare.

Inoltre, quanto sin qui esposto richiede *ex se* di configurare in maniera univoca e rigorosa i presupposti per lo svolgimento dell'accertamento giudiziale, anche per rispetto del più generale (ma non per questo meno cogente) principio dell'economia processuale, in quanto – nel caso in cui venga erroneamente scelta la via del processo breve invece di quello ordinario – vi è il rischio che la fase diocesana si svolga infruttuosamente e che il vescovo diocesano, non avendo raggiunto la necessaria certezza morale, rimetta (*ex* can. 1687, § 1) la causa all'esame ordinario (c.d. *remissio ad processum ordinarium*) con le conseguenti lungaggini procedurali.

---

neppure trasferire la residenza, magari affittando una casa di villeggiatura. Inoltre, sembra evidente che il requisito del quasi domicilio debba essere presente solo al momento iniziale del processo, ossia quello in cui si deve determinare la competenza, non essendo richiesto che tale requisito permanga per tutta la durata del giudizio che, in caso di processo ordinario, è certamente destinato a protrarsi per più di tre mesi. Invero, trattandosi di un'eccezione dilatoria di incompetenza relativa, essa deve essere proposta di per sé – a mente del can. 1459, § 2 – prima della contestazione della lite (non essendo possibile, per la natura della cosa, che sorga dopo di essa). Resta da chiedersi chi dovrebbe farlo, in quanto non trattandosi di un vizio che può determinare la nullità della sentenza, non potrà essere sollevata d'ufficio dal giudice e, in presenza di un accordo tra le parti, potrebbe essere solo il promotore di giustizia o, più verosimilmente, il difensore del vincolo a proporre tale eccezione».

4. La soluzione del Moderatore del Tribunale Ecclesiastico Interdiocesano Siculo

Venendo ad analizzare il decreto del Moderatore del Tribunale Ecclesiastico Interdiocesano Siculo datato 13 novembre 2018, si coglie subito che l'esigenza posta alla base del decreto è proprio quella di assicurare "nel nostro Tribunale, un criterio unitario per la presentazione di tutti i libelli, anche quelli per eventuali processi brevi" [20].

---

[20] Occorre ricordare che vi sono stati analoghi provvedimenti assunti in altre regioni ecclesiastiche italiane che hanno adottato soluzioni talvolta simili e talvolta difformi. Così nella Dichiarazione dei Vescovi Lombardi del 15 gennaio 2016 si è stabilito che: «Il TERL sarà dunque il tribunale a cui andranno presentati, nella nostra regione, i libelli richiedenti la dichiarazione di nullità di matrimonio e il tribunale stesso provvederà alla loro ammissione e alla scelta della forma processuale, in particolare svolgendo le cause che si ritiene debbano essere trattate con il processo ordinario e preparando per i i singoli Vescovi diocesani quelle da trattarsi invece con il processo brevior secondo i criteri concordati dai Vescovi Lombardi con il Vicario giudiziale, volti in sostanza a favorire la vicinanza fra parti e Vescovo decidente». Per converso nella già citata Comunicazione agli Avvocati e Patroni stabili sull'attività del Tribunale Ecclesiastico Triveneto inviata dal vicario giudiziale del suddetto tribunale e datata 15 gennaio 2016 si afferma che a seguito della decisione finale dei vescovi assunta l'8 gennaio 2015 "tutti i libelli per le cause di nullità matrimoniale vanno presentati all'unico Tribunale triveneto. Tuttavia, per recepire in particolare il criterio seguita, specie per quanto riguarda la presentazione del libello. Per comodità tali modifiche vengono presentate in modo schematico, sperando così di favorire la chiarezza espositiva. /1) Il libello può essere presentato personalmente dalla parte attrice o tramite il suo Avvocato con due possibilità di consegna: /a. alla Cancelleria del Tribunale triveneto, previo appuntamento, come da prassi finora seguita; /oppure /b. al Vicario giudiziale diocesano. /Sarà compito dei diversi Vicari giudiziali diocesani indicare la modalità di ricevimento dei libelli (per esempio: appuntamento previo, orari di apertura dell'ufficio, ecc. Può essere opportuno, se lo ritengono, che di tale modalità sia informata la Cancelleria del Tribunale triveneto, in modo che possa darne opportuna informazione alle persone che le richiedono). […] /Qualora il libello venga presentato al Vicario giudiziale diocesano, quest'ultimo avrà cura di trasmetterlo, unitamente a tutta la documentazione, al Tribunale triveneto, eventualmente con qualche sua nota. /A fronte di un possibile disagio – anche temporale – nel passaggio intermedio (dal Vicario giudiziale diocesano al Tribunale triveneto), è presente l'evidente utilità del rendere immediato il rapporto tra il fedele e la propria diocesi. […] / Si considera come giorno effettivo di presentazione del libello quello nel quale il medesimo giunge alla Cancelleria del Tribunale triveneto, completo di tutti i documenti richiesti dal Regolamento del Tribunale. Così è possibile avere certezza delle scadenze dei termini previsti per l'ammissione del libello, come stabilito dal can. 1506. […] /La Cancelleria del Tribunale triveneto, verificata la completezza della documentazione presentata assieme al libello, e di quanto richiesto dal Regolamento del Tribunale, provvederà ai successivi adempimenti previsti dal can. 1676, avendo cura di garantire il confronto con i Vicari giudiziali aggiunti e i Vicari giudiziali diocesani, specie qualora si tratti di valutare se ammettere la causa al processo brevior». Ancora la Conferenza Episcopale Triveneto, il 16 febbraio 2015, ha confermato la «possibilità di presentare il libello con il quale si chiede la nullità del matrimonio non solo presso la sede centrale del Tribunale triveneto, ma anche presso il vicario giudiziale presente in ogni Diocesi». Invero da questa duplice possibilità di presentazione del libello possono nascere difficoltà, in particolare appunto sia nella trasmissione del libello sia nell'eventuale difformità di pareri e criteri dei vicari giudiziali e nel loro coordinamento (nella Comunicazione ai Vicari giudiziali diocesani sull'attività del Tribunale Ecclesiastico Triveneto inviata dal vicario giudiziale del suddetto tribunale e datata 15 gennaio 2016 si legge che le osservazioni del vicario giudiziale diocesano «saranno particolarmente utili qualora la persona chieda l'introduzione del processo brevior, oppure si

Invero, a distanza di alcuni anni dall'entrata in vigore della riforma, ci si è resi conto che, nella concreta esperienza forense del Tribunale Ecclesiastico Interdiocesano Siculo (TEIS), si erano creati tra i diversi vicari giudiziali di diocesi territorialmente anche molto vicine tra di loro (persino suffraganee di una medesima sede metropolita) dei diversi orientamenti giurisprudenziali sui criteri per la presentazione e l'ammissione dei libelli alla procedura breviore, tali da rendere necessario un intervento unificatore da parte dell'autorità (il moderatore) chiamata istituzionalmente a coordinare la funzione giudiziale tra le diocesi afferenti al TEIS.

Anche il Moderatore del TEIS si è, dunque, trovato davanti al ricordato bivio procedurale scaturente dalla riforma che ha creato, come dianzi accennato, una potenziale biforcazione giuridica tra vicario interdiocesano e vicari diocesani.

La soluzione scelta è stata quella di spostare l'asse decisionale circa la competenza a decidere circa l'ammissione del processo alla trattazione nella forma breviore dai vicari diocesani al vicario giudiziale del tribunale interdiocesano, sia pure nel rispetto di diverse peculiari indicazioni fatte dai singoli vescovi al momento dell'adesione (si vedano i casi delle Diocesi di Mazzara del Vallo e di Acireale). Si legge, infatti, nel corpo del decreto "mi reco a doverosa premura di informarVi che i Vescovi del TEIS sono d'accordo a seguire una linea comune; pertanto, tutti i libelli per eventuali processi più brevi, anche se indirizzati al Vescovo diocesano, d'ora in avanti dovranno essere presentati presso la Cancelleria del Tribunale Ecclesiastico Interdiocesano Siculo, per essere protocollati e incardinati. Sarà cura del Vicario Giudiziale del TEIS, …, dare seguito alla trattazione delle cause del processo più breve, nel rispetto delle norma canoniche e delle indicazioni espresse dai singoli Vescovi nel Decreto di adesione".

Si tratta di una scelta pienamente condivisibile che garantisce uniformità di valutazione, quantomeno per le decisioni relative ai fedeli appartenenti a diocesi afferenti al TEIS che chiedono il ricorso al *processus brevior* (fermo restando che difformità ermeneutico/applicative si possono creare con riferimento alle sempre maggiori diocesi che non hanno aderito al TEIS o che si sono successivamente rese autonome).

Siffatta soluzione, d'altro canto, non appare neppure in contrasto con il

---

ritiene che vi siano elementi tali da suggerire questa via processuale. La spedizione del libello [e dei documenti richiesti per la presentazione della causa di nullità] avviene tramite posta, in modo che al Tribunale triveneto giungano gli originali»); non è poi chiarissimo chi e come si assuma la decisione finale. Sul punto cfr. Geraldina Boni, *La recente riforma del processo di nullità matrimoniale. Problemi, criticità, dubbi (parte seconda)*, cit., pp. 35-36, nota n. 105.

più volte ricordato principio di prossimità che, come detto, è un cardine della riforma. Sotto quest'ultimo aspetto, basti considerare che seppure vi è un evidente *favor* legislativo verso la creazione in ogni diocesi di un tribunale diocesano proprio, lo stesso *Mitis Iudex* riconosce implicitamente le difficoltà tecniche, logistiche e organiche che tale soluzione implica ed ha, infatti, previsto non solo la possibilità per i singoli vescovi di aderire a un tribunale interdiocesano ma anche diocesano purché sia "vicino" (cfr. cann. 1673, § 2 e § 4).

In altri termini, in base allo stesso testo legislativo, il rispetto della *proximitas* – quantomeno logistica – può essere garantito anche facendo ricorso a strutture giudiziarie esterne alla diocesi purché territorialmente vicine e, dunque, prossime.

Un ulteriore aspetto interessante del decreto in commento è racchiuso nella parte in cui si dispone che "gli atti originali del *processus brevior* verranno custoditi nell'archivio del TEIS".

Con tale disposizione si ovvia – almeno in parte e nei limiti delle competenze del TEIS – ad un altro aspetto lasciato scoperto dalla riforma, ossia quello del collegamento tra i vari tribunali diocesani italiani.

Invero, il nuovo ordinamento giudiziario canonico italiano imperniato su base diocesana sembra essere stato concepito in maniera troppo localistica in quanto i vari tribunali diocesani sono configurati come enti a sé stanti privi di alcun collegamento sistemico, fatto che, unito con la ricordata maggiore elasticità dei criteri di competenza territoriale, potrebbe portare ad alcuni pericolose incongruenze sistematiche.

Invero, non essendoci alcuna forma di collegamento strutturale tra i vari tribunali diocesani, le parti, specie nel processo più breve, – essendo per definizione normativa pienamente d'accordo tra di loro circa l'ottenimento della declaratoria di nullità del loro matrimonio – potranno tentare la sorte anche simultaneamente in più diocesi, senza correre il rischio di vedersi respingere la propria richiesta per litispendenza (cfr. can. 1512).

Ciò potrebbe condurre a risultati processualmente aberranti qualora, ad esempio, un tribunale diocesano respinga *in limine* la richiesta di *brevior*, mentre un altro, stante la ricordata elasticità dei criteri legali, giunga a diverse conclusioni, senza il rischio di sentirsi sollevare un'eccezione di inammissibilità della domanda sulla scorta del principio per cui *bis de eadem re ne sit actio*.

Senza contare il pericolo che le parti, sempre in *combine* tra di loro per l'ottenimento della nullità del loro matrimonio con rito *brevior*, possano rivolgersi a due o più tribunali diocesani diversi utilizzando lo stesso capo di nullità. In tale ipotesi, si potrebbero avere in contemporanea due sentenze affermative o due negative o, peggio, due sentenze contrastanti. Con la conseguenza di

vedere violati sia il principio di economia processuale sia, soprattutto, quello del divieto di contrasto di giudicati che, come è noto, sono due tra i principi cardini di ogni moderno sistema processuale, con l'aggravante, in sede canonica, del danno alla *salus animarum* dei fedeli e del rischio di scandalo.

La soluzione adottata dal TEIS sembra muoversi nella direzione di tenere, quantomeno, una memoria centralizzata di tutti i processi celebrati con rito più breve nell'ambito del territorio di uno stesso tribunale interdiocesano, dando vita a una sorta di *database* condiviso.

Si tratta di una soluzione certamente utile ma non ancora sufficiente a risolvere il problema sopra delineato, in quanto non elimina il rischio, sopra delineato, di possibili accordi frodatori tra le parti che si rivolgano a tribunali non facenti parte della struttura giudiziaria interdiocesana.

Una soluzione di più ampio respiro che potrebbe adottarsi per ovviare a questa palese criticità del nuovo sistema organico della giustizia ecclesiastica, sembra quello di ricorrere ad una banca dati centralizzata – magari gestita dalla Segnatura Apostolica nell'esercizio della sua funzione di sorveglianza sull'operato dei tribunali e sull'amministrazione della retta giurisprudenza – che possa segnalare e sventare eventuali abusi come quello appena ipotizzato[21].

5. Conclusioni

A conclusione di questa breve analisi delle problematiche ermeneutiche sottese al decreto del Moderatore del Tribunale Ecclesiastico Interdiocesano Siculo del 13 novembre 2018, pare possibile affermare che la riforma del processo matrimoniale canonico presenta una spiccata caratteristica che è quella di favorire la sussidiarietà verticale, propria del diritto canonico, lasciando ampi margini di manovra ai locali operatori del diritto ma, al contempo, anche l'onere di risolvere sul campo alcuni significativi aspetti interpretativi[22].

---

[21] Come ricorda Frans Daneels, *La vigilanza sui tribunali: introduzione al titolo V della Lex propria*, in AA.VV., *La Lex propria del S.T. della Segnatura Apostolica,* a cura di Pier Antonio Bonnet, Carlo Gullo, LEV, Città del Vaticano, 2010, pp.199-211, nell'articolo 32 della *Lex* propria del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica si legge che: "*Dicasterium, praeter munus quod exercet Supremi Tribunalis, consulit ut iustitia in Ecclesia recte administretur*". Secondo tale autore, «è importante la scelta del verbo '*consulere'*, 'provvedere', in quanto l'attività della Segnatura in questo campo non è soltanto di vigilanza contro eventuali abusi, ma di promuovere la retta amministrazione della giustizia. La vigilanza quindi va intesa anche nel senso positivo di promozione». In argomento si rinvia anche a Velasio De Paolis, *La funzione di vigilanza della Segnatura sulla retta giurisprudenza*, *ibidem*, pp. 213-238.

[22] In argomento cfr. Geraldina Boni, *Considerazioni sul principio di sussidiarietà nella Chiesa*, in

La soluzione adottata dal TEIS, nel senso di accentrare la decisione circa l'ammissibilità dei libelli brevi nelle mani del vicario giudiziale interdiocesano, seppure condivisibile per le ragioni dianzi esposte, non è, però, esaustiva dei problemi evidenziatisi nel corso dei primi anni di applicazione della riforma[23].

Invero, a tacer d'altro, essa non è vincolante per quei tribunali diocesani che non fanno parte del TEIS pur afferendo alla Regione Ecclesiastica Sicilia.

Una possibile soluzione alternativa potrebbe essere quella di creare un'uniformità operativa attraverso un coordinamento tra le diverse realtà locali tramite la creazione di un regolamento emanato dalla Conferenza Episcopale Siciliana; o, su scala nazionale, dalla Conferenza Episcopale Italiana, vincolante per tutti i tribunali diocesani e interdiocesani (*ex* can. 455).

Inoltre, a livello globale, si potrebbe auspicare un'interpretazione autentica emanata dalla Santa Sede – magari a mezzo del Pontificio Consiglio per l'Interpretazione dei Testi Legislativi – che fornisca delle linee guida a carattere vincolante in grado di dirimere definitivamente questo dilemma amletico tra vicario diocesano e interdiocesano che rischia di ingenerare confusione non solo tra gli addetti ai lavori ma anche tra i fedeli, mettendo potenzialmente a rischio la loro *salus animarum*[24].

Archivio giuridico "Filippo Serafini", 2010, fasc. 2, pp. 135-247. Orazio Condorelli, *Sul principio di sussidiarietà nell'ordinamento canonico: alcune considerazioni critiche*, in *Dir. eccl.*, 114, 2003, n. 3, I, pp. 942-1010; Id., *Sul principio di sussidiarietà nell'ordinamento canonico: alcune considerazioni storiche*, in AA.VV., *Autonomia, decentramento e sussidiarietà: i rapporti tra pubblici poteri e gruppi religiosi nella nuova organizzazione statale*, a cura di Marco Parisi, ESI, Napoli, 2003, pp. 41-102.

[23] Cfr. Elena Di Bernardo, *Problemi e criticità della nuova procedura*, in *La riforma del processo matrimoniale ad un anno dal Motu Proprio Mitis Iudex Dominus Iesus,* a cura di Lucia Musso, Carlo Fusco, LEV, Città del Vaticano, 2017, p. 136 ss.

[24] Non sembra sufficiente l'indicazione del Pontificio Consiglio per l'Interpretazione dei Testi Legislativi riportata da Geraldina Boni, *La recente riforma del processo di nullità matrimoniale. Problemi, criticità, dubbi (parte prima)*, cit., p. 20, nota 55, dove si ricorda che il Pontificio Consiglio per i testi legislativi, nella Risposta del 18 novembre 2015, Prot. n. 15201/2015, ha dichiarato: «Dal punto di vista dei fedeli, essi potranno rivolgersi al Vicario giudiziale della diocesi, se ritengono che la causa potrebbe seguire il processo più breve, o indirizzarsi direttamente al Presidente del Tribunale Regionale, se la causa è più complessa o manca il concorso delle due volontà richiesto dal nuovo can. 1683, 1° CIC. Sia il Vicario giudiziale della diocesi che il Presidente del Tribunale Regionale dovranno poi valutare, sulla base del libello e conformemente alle norme date dal recente motu proprio, se accettare la domanda o indirizzare le parti alla procedura ordinaria, nel primo caso, o alla procedura più breve, nella seconda ipotesi, conforme a quanto indica l'art. 15 delle Regole procedurali».

Tribunale Ecclesiastico Regionale Beneventano di Appello – Trani/Barletta/Bisceglie – Nullità di matrimonio, 29 marzo 2017 – c. Carlesimo Ponente

Matrimonio – Consenso – Nullità di matrimonio – Incapacità al consenso matrimoniale

(*Omissis)* **FATTISPECIE**

1 –A. e G. si conobbero nel novembre 2005 tramite la cugina di lui, che era amica dell'attrice.

Attesa l'educazione ricevuta, l'attrice subito presentò il giovane alla sua famiglia.

La relazione prenuziale ebbe la durata di oltre tre anni, si caratterizzò certamente per la brevità degli incontri a causa degli impegni lavorativi, ma anche per la insistente presenza di altre persone ai richiamati incontri tra i due fidanzati.

Risultò deficitaria anche la reciproca conoscenza per la scarsa capacità dialogica tra i due nubenti, che non raggiunsero mai una piena sintonia, come fidanzati, per via dell'abituale superficiale atteggiamento del convenuto.

La proposta di matrimonio, da celebrarsi di lì a due anni, fu comunque avanzata da entrambi i giovani presso le rispettive famiglie, il 5 febbraio 2007, tempi mantenuti nonostante qualche richiesta di anticipare la celebrazione da parte dei genitori del convenuto.

La convivenza coniugale fu difficile e litigiosa.

Il convenuto, da subito, divenne sempre più strano, ponendo in essere varie interruzioni della convivenza nuziale e ripetuti atti di violenza, con grave nocumento della buona salute dell'attrice, la quale si sentì finalmente sollevata quando fu informata dal marito che non sarebbe più tornato a casa "Perché ormai la nostra relazione non aveva più senso"(Somm.,17211).

In precedenza il convenuto era stato in cura presso il Dott. Colamartino di Bisceglie, neurologo, "che prescrisse a N.N. (convenuto) il Cipralex in gocce come antidepressivo, che N.N. (convenuto) spesso sospendeva di sua iniziativa complicando la nostra convivenza…"(Ib.):

La convivenza coniugale ha avuto la durata di circa diciotto mesi.

2 –L'attrice, in data 14 luglio 2011, presentava presso il T.E.R.P. supplice libello per chiedere la declaratoria di nullità di matrimonio per chiedere la declaratoria di nullità di matrimonio per "incapacità 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".

Ammesso il libello si procedeva ritualmente alla costituzione del Collegio, al decreto di citazione, alla comparizione delle parti e all'emissione del decreto della contestazione della lite, in data 15.09.2011, in cui il dubbio di causa, assente il convenuto, veniva così concordato: "Se consti della nullità del matrimonio per: 1) Grave difetto di discrezione di giudizio del convenuto circa i diritti e i doveri essenziali del matrimonio 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".

Seguivano l'escussione dell'attrice e dei suoi testimoni, nonché l'espletamento di due relazioni mediche sul convenuto.

Il convenuto disertava il processo. Veniva dichiarato assente (Somm. p. 202).

Per il caso in esame fu nominato perito d'ufficio il dott. Cesario Schiraldi, psichiatra, che redasse il *Votum* per l'assenza del convenuto alla visita peritale.

Anche la perizia di parte, chiesta dal Patrono dell'attrice, col consenso del Tribunale, era espletata solo sugli Atti per l'assenza del convenuto, da un qualificato neurologo di Bari.

La Pubblicazione degli Atti era decretata il 18 febbraio 2013.

Acquisita, successivamente la perizia di parte, si perveniva alla pubblicazione degli Atti Suppletivi in data 3 ottobre 2013, cui seguiva la rituale Conclusione in causa, con decreto del 30 ottobre 2013.

Il primo Collegio, acquisite le memorie difensive, in data 10 marzo 2014, emetteva sentenza affermativa dichiarando nullo il matrimonio:

Per grave difetto di discrezione di giudizio del convenuto circa i diritti e i doveri matrimoniali essenziali da dare e accettare reciprocamente;

Per incapacità del convenuto ad assumere gli obblighi essenziali del matrimonio per cause di natura psichica", capi concordati in via principale.

3 – Trasmessi gli Atti e la sentenza, come da legge, al nostro Tribunale Beneventano di Appello, nella seduta del 25 marzo 2015, dopo approfondita discussione, presi in considerazione sia l'interposto appello da parte del convenuto che le Osservazioni della D.V.A., i Giudici beneventani decidevano di

rinviare il processo all'E.O. di secondo grado, per i seguenti motivi.

La Sig.ra N.N. (ATTRICE), con libello del luglio 2011 invocava la nullità del matrimonio celebrato con il Sig. N.N. (CONVENUTO) il 25 aprile 2009 nella Chiesa del S. Cuore di Gesù – territorio della Parrocchia di Santa Maria del Pozzo – in Trani, per *incapacitas* dello stesso, nel sostenere che soffriva di "epilessia post-traumatica ",in seguito ad un incidente – caduta da una moto -, all'età di diciassette anni.

Il Tribunale adito al dubbio determinato nella formula: "*Se consti della nullità del matrimonio per: 1. Grave difetto di discrezione di giudizio del convenuto circa i diritti e i doveri essenziali del matrimonio da dare e accettare reciprocamente* (can. 1095 n. 2 C.I.C.); 2. *Incapacità del convenuto ad assumere gli obblighi essenziali del matrimonio per cause di natura psichica* (can. 1095 n. 3 C.I.C.); 3. In subordine: *Dolo ordito dal convenuto*" rispondeva con sentenza del 10 marzo 2014 ***affermativamente nella misura* di** constare della nullità del matrimonio *per grave difetto di discrezione di giudizio circa i diritti e i doveri matrimoniali essenziali nell'uomo convenuto* (can. 1095 n. 2 C.I.C.) e *per incapacità di natura psichica, ad assumere gli obblighi essenziali del matrimonio nel medesimo* (can. 1095 n. 3 C.I.C.), mentre al capo in subordine rispondeva *negativamente*.

La sentenza veniva impugnata dal convenuto, assente in giudizio e alla stessa visita peritale, che nel gennaio 2015 presentava ritualmente i motivi appello , contestando lo svolgimento della istruttoria con la relativa conclusione. Egli sostiene che " ***il referto della mia incapacità è stato formulato solo e soltanto su documentazione pervenuta ai due periti e non sulla mia persona***".

Inoltre rileva l'anomalia della scelta del secondo perito, resasi necessaria per l'incompletezza della prima relazione *ex officio*, avvenuta su indicazione della parte attrice e da considerare, pertanto, perizia di parte e non *ex officio*.

Difatti il perito osserva che, sebbene possano essere individuati dei disturbi psicologici nel soggetto, si incontrano difficoltà per stabilirne la gravità e l'incidenza: "*...Tutto ciò premesso, bisogna chiarire che, specie in assenza di un riscontro diretto, la quantificazione della perdita o del livello di compromissione di funzionamento della personalità del traumatizzato cranico rispetto allo stato precedente è molto difficile. Anche perché... eseguire una valutazione a distanza di oltre tre anni dal momento della celebrazione del matrimonio rende il problema ancora più complesso*" (pag. 215); precisando: "**N*on è possibile definire il livello di gravità, in senso medico-legale e cioè utile ai fini di questa causa di nullità del matrimonio****, della "sindrome organica di personalità" da cui era afflitto il convenuto. In particolare****, non è possibile stabilire con certezza quanto la suddetta anomalia psicopatologica incideva sulla capacità conoscitiva ed estimativo-critica del matrimonio****...*"(pag.218).

Al fine di una integrazione si rendeva necessario il ricorso alla seconda perizia affidata al dott. Santamato, Primario neuropsichiatra del'Ospedale " Di Venere " di migliore e più ampia esperienza nell'ambito rispetto al dott. Schiraldi. L'esperto Neuropsichiatra concludeva per la gravità e la presenza dei disturbi sofferti dal convenuto.

Senza voler entrare nel merito delle conclusioni peritali e giudiziali, appare evidente che la causa debba essere rinviata all'esame ordinario sia per dare all'attore una ennesima possibilità di essere ascoltato sia per confortare le conclusioni peritali, sia pure di parte, con il ricorso ad un'altra perizia ex officio.

Noi riteniamo che in questo processo non sia stata raggiunta la certezza morale per i due capi, posti a fondamento della richiesta nullità matrimoniale.

Per questi motivi, a norma del can. 1682 § 2, i sottoscritti, riuniti in seduta collegiale, Giudici hanno deciso di rinviare il processo all'Esame Ordinario di secondo grado.

4 – Il Vicario Giudiziale di Appello, in data 9 luglio 2014, costituiva il Collegio Giudicante di Appello e designato il Ponente, in data 8 aprile 2015, si determinava il dubbio sotto la seguente 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; ovvero se la sentenza affermativa emessa dal T.E.R.P. in data 10 marzo 2014 debba essere confermata o riformata".**

A Benevento viene ascoltato solo il convenuto, mentre i suoi tre testi sono ascoltati per rogatoria presso il Tribunale di Bari.

Con decreto del 15 aprile 2016 il Ponente nominava per il caso in esame il Prof. Dott. Pasquale Chianura, con studio a Bari alla Via Dante Alighieri n. 142, quale perito d'ufficio del N.T.B.

Espletata la visita peritale sulla persona del convenuto, il Dott. Chianura, in data 20 luglio 2016, depositava il suo elaborato presso la Cancelleria del N.T.B.

Il Vicario Giudiziale, con decreto del 5 settembre 2016, in sostituzione del Dott. Marco Benedetto, nominava Difensore del vincolo, il Dott. Paolo Palumbo.

Quindi, la Pubblicazione degli Atti, in data 14 settembre 2016 cui seguiva la Conclusione in causa in data 11 ottobre 2016.

Chiusasi la fase discettatoria e acquisite le memorie difensive, la causa era riservata ai Giudici per la decisione.

RILIEVI IN DIRITTO

5– Nulla da eccepire sulla parte in diritto della sentenza appellata, che qui si intende integralmente trascritta. Se ne completa il quadro con le note di seguito riportate.

6 -Nei tre numeri del can. 1095 rinveniamo le condizioni di capacità per il *matrimonio: "Sunt incapaces matrmonii contrahendi: qui sufficienti rationis usu carent; 2° qui laborant gravi defectu discretionis iudicii circa iura et officia matrimonialia essentialia mutuo tradenda et acceptanda; qui ob causas naturae psychicae obligationes matrimonii essentiases assumere non valent "*. Detti capi fanno riferimento al matrimonio « in fieri » ed « in facto esse » ed interessano il consenso matrimoniale che, come si legge nel can. 1057, § 2. è: "un atto della volontà con il quale un uomo e una donna con patto irrevocabile si danno e si ricevono reciprocamente per costituire il matrimonio". Chi, pertanto, non è fornito di debita capacità conoscitiva e di libera volontà interiore non è capace di esprimere un valido e libero consenso matrimoniale e, pertanto, non è capace di contrarre matrimonio e, se dovesse farlo, lo farebbe in modo invalido (Cfr. S.R.R.D., coram Lefebvre, 8 luglio 1967, vol. LIX, pag. 563). "In consensus ergo manfestatione scindi nequit matrimonium in facto esse a matrimonio in fieri, quia, uti iam in recenti nostra sententia animadvertimus obiectum consensus... implicat ex parte contrahentium non solum capacitatem intelligendi ac volendi obiectum contractus materialiter in se spectatum, sed etiam capacitatem obiectum formaliter tradendi, scilicet praestandi comparti ea omniaquae in vita communi coniugum essentialiter exiguntur, ut tria connubii) bona ad effectum perduci possint" (S.R.R.D., c. Bruno, 30 maggio 1986, vol. LXXVIII, pag. 378, ed anche c. Huot, 18 luglio 1983, voi. LXXV, pag. 440).

7 -Il can. 1095, al n. 2, fa riferimento alla necessaria discrezione di giudizio per sposare. Detta discrezione di giudizio è costituita dalla cognizione critica dell'oggetto e dalla libertà interna del soggetto che si determina nel volere, il tutto in rapporto alle obbligazioni essenziali del matrimonio; comporta, quindi, la capacità, intrinseca e naturale, di essere responsabile e imputabile, giuridicamente dell'atto che si compie come matura determinazione di una propria scelta (Cfr. C.J. Erraruriz, Riflessioni sulla capacità consensuale nel matrimonio canonico, in lus Ecclesiae, n. 6, (1994), pagg. 449464). In riferimento al matrimonio, il termine "discrezione di giudizio" sta a designare la facoltà critica che permette ai contraenti di comprendere e di volere, con maturo giudizio d'insieme, le responsabilità inerenti al matrimonio che dovranno contrarre o stanno contraendo, al quale accedono con un atto volitivo libero e

ponderato (Cfr. M. F. POMPEDDA, Maturità psichica e matrimonio nei canoni 1095 e 1096, in Apo/linaris, n. 57, (1984), pag. 131 e seg.; J.M. SERRANO, La consideracion existencial del matrimonio en les causas canonicas de nulidad por incapacidad psiquica, in Angelicum, vol. 68, 1991, pag. 45 e seg.). "Non basta che il contraente abbia una conoscenza astratta o teorica degli obblighi essenziali dei matrimonio, ma occorre che egli sia in grado di valutarli concretamente, di apprezzare quello che essi significano per la propria esistenza, di proiettare la propria mente nel futuro in modo da rendersi effettivamente conto dei contenuto sostanziale dì quella particolarissima relazione interpersonale che viene a instaurarsi tra i due coniugi" (P. MONETA, Il matrimonio nel nuovo diritto canonico, Genova 1986, pag. 94; cfr. anche C. TRICERRI, Note di giurisprudenza rotale sulla nullità del matrimonio derivante da defectus validi consensus, in Monitor Ecclesiasticus, n. 104, (1979), p. 443 e seg.).

8 -Le note di Giurisprudenza Rotale, appena riportate, trovano la loro integrazione negli elementi di dottrina, concernente la materia, di seguito citati: "Secondo il DSM-IV-TR, il Disturbo Post traumatico da Stress si sviluppa in seguito all'esposizione di un evento stressante traumatico che la persona ha vissuto direttamente, o a cui ha assistito, e che ha implicato morte, o minacce di morte, o gravi lesioni , o una minaccia all'integrità fisica propria o di altri. La risposta della persona all'evento comporta paura intensa, senso di impotenza e/o orrore. I sintomi del Disturbo Post traumatico possono essere raggruppati in tre categorie principali: il continuo rivivere l'evento traumatico: l'evento viene rivissuto persistentemente dall'individuo attraverso immagini, pensieri, percezione, incubi notturni;

l'evitamento persistente degli stimoli associati con l'evento o attenuazione della reattività generale: la persona cerca di evitare di pensare al trauma o di essere esposta a stimoli che possano riportaglielo alla mente. L'ottundimento della reattività generale si manifesta nel disinteresse per gli altri, in un senso di distacco e di estraneità; sintomi di uno stato di iperattivazione persistente come difficoltà ad addormentarsi o a mantenere il sonno, difficoltà a concentrarsi, l'ipervigilanza ed esagerate risposte di allarme.

I sintomi del disturbo post traumatico da stress possono insorgere immediatamente dopo il trauma o dopo mesi. Il quadro dei sintomi può essere acuto, se la durata dei sintomi è minore di tre mesi, cronico se ha una durata maggiore, o ad esordio tradivo, se sono trascorsi almeno sei mesi tra l'evento e l'esordio dei sintomi.

Gli eventi traumatici vissuti direttamente in grado di scatenare un disturbo post traumatico da stress possono includere tutte quelle situazioni in cui la

persona si è sentita in grave pericolo come i combattimenti militari, aggressione personale violenta, rapimento, attacco terroristico, tortura, incarcerazione come prigioniero di guerra o in un campo di concentramento, disastri naturali o provocati, gravi incidenti automobilistici, stupri, ecc. Gli eventi vissuti in qualità di testimoni includono l'osservare situazioni in cui un'altra persona viene ferita gravemente o assistere alla morte innaturale di un'altra persona dovuta ad assalto violento, incidente, guerra o disastro, o il trovarsi di fronte inaspettatamente di fronte ad un cadavere. Anche il solo fatto di essere venuti a conoscenza che un membro della famiglia o un amico stretto è stato aggredito, ha avuto un incidente o è morto (soprattutto se la morte è improvvisa e inaspettata) può far insorgere il disturbo post traumatico da stress.

Tale disturbo può risultare particolarmente grave e prolungato quando l'evento stressante è ideato dall'uomo (per es.,tortura, rapimento). La probabilità di svilupparlo può aumentare proporzionalmente all'intensità e con la prossimità fisica al fattore stressante. Il trattamento del disturbo post traumatico da stress richiede necessariamente un intervento psicoterapeutico cognitivo-comportamentale, che faciliti l'elaborazione del trauma fino alla scomparsa dei sintomi d'ansia"(A. D'Angiò, Disturbi Mentali e Terapie Farmacologiche, in "Matrimonio e Processo: la sfida del progresso scientifico e tecnologico" – Annales I- pp.195-196).

9 -Aggiunge il Prof. Dott. Vito Santamato, Specialista in Neurologia e Psichiatria, : "Il pervertimento del carattere consecutivo ad un trauma cranio è una evenienza relativamente frequente e di grande importanza, soprattutto quando al pervertimento del carattere si associa una epilessia postraumatica. Esiste uno stato di debolezza irritativa, disaffettività e disinteresse per l'ambiente(l'Albrizio, come riferito dalla ricorrente, era assente durante la festa del matrimonio).

Sotto il termine di "interessi" si debbono comprendere anche quelli spirituali e morali: l'individuo sociale ha una quantità di doveri di natura finanziaria o patrimoniale verso altri individui, specialmente verso i familiari e tali doveri sono non soltanto riconosciuti dalla morale corrente ma anche sanciti espressamente dai codici. Basti ricordare i doveri che sorgono dal matrimonio verso l'altro coniuge e verso i figli. Può del resto avvenire che un soggetto sappia amministrare i propri interessi materiali, ma trascuri gli interessi morali"(Somm. –Parte seconda –p. 238).

10 -Non vi è che non veda come la nota, appena citata, amplia l'area della ricerca scientifica della giurisprudenza canonica e Rotale, concernente i disturbi di personalità, generalizzati nei nn. 2 e 3 nel can, 1095 CIC, (il n. 2 – il difetto di discrezione di giudizio, con riferimenti al complessivo quadro psico-

logico, e il n. 3 – l'incapacità di assumere gli obblighi essenziali del matrimonio per cause di natura psichica, interessando tutto il quadro della psichiatria) e si estende 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 nubente, che ne è portatore – sono assimilabili analogicamente ai disturbi di personalità previsti appunto dai nn. 2 e 3 del can. 1095.

E, dunque, per avere una visione compiuta del caso, come quello che ci occupa, abbiamo ritenuto opportuno integrare la relazione del perito d'ufficio, nominato dal primo giudice, col citato supplemento di ricerca, che solo lo Specialista in Neurologia, nominato in Appello, ha potuto espletare, disponendo di una vasta esperienza del Disturbo Post Traumatico da Stress.

È la metodologia che abbiamo seguito per la soluzione del caso in esame.

RILIEVI IN FATTO

11 -Il confronto processuale tra le parti è avvenuto separatamente, nei due gradi di giudizio: a Bari ha deposto l'attrice e i suoi testi, a Benevento ha deposto il convenuto e i suoi testi.

Ci mettiamo in ascolto del convenuto, che si è costituito solo in secondo grado con la richiesta di essere assistito da un Patrono d'ufficio.

Il quadro che il convenuto ci ha delineato, almeno per come ce lo ha presentato, tocca specificamente la conoscenza e il fidanzamento, che ha una evoluzione non difforme da tante altre analoghe relazioni, eccezion fatta di qualche tensione e litigio, abitualmente registrati da tutti i nubenti, in cammino verso le nozze.

Non è superfluo ricordare, in proposito, che il confronto tra due fidanzati si fonda sulla conoscenza dei rispettivi profili personologici con le loro varianti caratteriali, connotate da culture ed istanze educative diverse.

Non sorprendono, quindi, i momenti di crescita di due giovani, che si mettono insieme per approfondire la reciproca conoscenza e misurarsi ognuno con i limiti dell'altro. I progetti nuziali nascono dall'esito positivo di questo difficile confronto.

12 -A dire del convenuto, l'avvio del rapporto prenuziale con l'attrice va datato intorno al 2005, a seguito di un incontro avvenuto in campagna, dove A. si era recata con la cugina di N.N. **(CONVENUTO)**.

Non era la prima volta che i due giovani si vedevano, ma fu quell'incontro a fa nascere un tratto di simpatia e a legare ambedue da un comune sentimento

affettivo: "Questo fece da premessa ad un nostro fidanzamento ufficiale".

Annota di seguito il convenuto: "Il mio comportamento nei confronti di A. fu quello di un normale fidanzato, senza mancare di essere gentile e premuroso nei suoi confronti"

È il contesto in cui il convenuto fa riferimento al suo incidente, a suo dire, già conosciuto dall'attrice: "Per quanto concerne il mio incidente d'auto avvenuto nel 1995 debbo precisare che A. ne era già a conoscenza perché di tanto in tanto accompagnava mia cugina che mi faceva visita in ospedale, dove io ero rimasto ricoverato. Il mio relazionarmi con A., dopo il nostro fidanzamento, fu del tutto normale anche perché la ragazza conosceva che io ero rimasto in ospedale per le cure del caso dopo l'incidente"(II, 26/3-4).

Il convenuto, con la stessa serenità, ci parla del lavoro svolto da ambedue, lui elettrauto nell'officina del padre, lei ragioniera nell'azienda di famiglia. "Dopo il mio lavoro raggiungevo A. e sempre l'aiutavo nel suo lavoro anche per prestarle una mia collaborazione per le cose che faceva"(II, 27/5). È la piacevole quotidianità, come racconta l'N.N. **(CONVENUTO)**, che aiuta a costruire il rapporto con reciproca stima e rispetto: "Sul piano caratteriale noi riuscivamo a comprenderci e a stimarci e a proseguire il nostro cammino"(Ib.).

13 – Questo tono rassicurante attraversa tutto il percorso prenuziale, di quattro anni, e si ferma alle prime difficoltà della vita di coppia.

"Durante il fidanzamento, così il convenuto, non vi sono stati mai litigi di rilievo e anche le tensioni che si determinavano erano superate agevolmente da ambo le parti. Da parte nostra abbiamo sempre avuto reciprocamente l'impegno di poterci conoscere e crescere nell'amore scambievole"(II, 27/7.

Non manca nella deposizione giudiziale dell'N.N. **(CONVENUTO)** un rapido riferimento all'incidente, di cui lo stesso fu vittima.

Seguiamolo: "Dopo i postumi dell'incidente a seguito delle terapie da me eseguite con la riabilitazione degli arti che ancora risentivano dell'incidente avuto, tutto è diventato normale e al momento mi muovo senza risentire dell'incidente avuto. Per quanto concerne l'attività mentale e cognitiva dichiaro di essere stato sempre bene, prima e dopo l'incidente. Per quanto concerne il rapporto con i miei genitori, tranne la parentesi della mia permanenza in clinica per la riabilitazione, si è del tutto riportato allo stato iniziale, cioè è tornato ad essere quello di sempre.Anche al momento della celebrazione nuziale io fui pienamente cosciente di contrarre matrimonio"(II, 27/8).

14 -Tale quadro idilliaco, tutto rose e fiori, è parzialmente ritoccato dall'attrice, che pure, a voce alta, si riporta al tempo che precede il matrimonio.

Sentiamola: "G. ha conseguito la licenza di scuola media inferiore e si è

inserito nell'attività di elettrauto alle dipendenze del padre. Egli è molto chiuso, passivo e asociale, abbastanza nervoso, incoerente, succube della madre da quando ebbe un incidente con la moto nel 1995, a partire dal quale era obbligato a fare dei controlli medici, consistente in visita neurologica, elettroencefalogramma e radiografie al cranio, con cadenza annuale, come scoprii dopo il matrimonio. Teneva una cicatrice alla gola che mi incuriosì e circa un anno dopo di frequentazione trovai la maniera di chiedergli di che cosa si trattava ed egli mi raccontò dell'incidente in maniera molto generica"(Somm. 168/4).

Queste reticenze sull'incidente non creano problemi in A., che non ritiene di verificare il rapporto col suo fidanzato. Non si pone, anzi, alcun interrogativo: "Ci incontravamo quasi tutti i giorni, un paio di ore la sera. In genere stavamo di più insieme nei fine settimana, non da soli ma con gli amici. Qualche volta, prima di sposarci, ci furono delle incomprensioni, che venivano subito superate, il più delle volte per mia iniziativa, ma per fatti che lui si inventava di sana pianta, egli cercava di giustificarsi dicendo che io avevo frainteso"(Somm. 168-169/5).

E, comunque, ambedue si fermano su sommarie valutazioni, che il Dott. Santamato commenta nella sua relazione di parte: "Non vi sono molti dati circa il comportamento dell'N.N. **(CONVENUTO)** con l'attrice anche se la N.N. **(ATTRICE)** riferisce che pure il rapporto del convenuto con la ex fidanzata era finito a causa dei maltrattamenti subiti dalla compagna. È certo, comunque, che l'N.N. **(CONVENUTO)** possedeva una personalità "distorta" caratterizzata da turbe cognitive mnesiche, scatti di ira, di dipendenza dall'ambiente e dalla figura materna (ogni sera la madre gli forniva il Tegretol, eventualmente per non far conoscere la patologia alla consorte)(Somm. p. 236).

15 -La ricerca istruttoriale si fa, invece, più chiara nella parte che approfondisce la convivenza coniugale, laddove la lacunosa descrizione del convenuto è tutta smentita dal puntiglioso diario dei fatti, ben circostanziati dall'attrice, ascoltata due volte dal giudice barese.

Dal confronto delle dichiarazioni rese dalle parti, infatti, emergono due posizioni processuali diverse, che vanno analizzate alla luce dei dati storici, certificati da idonea documentazione.

Il convenuto ce la spiega così: "La convivenza coniugale, dopo un breve regolare andamento, cominciò ad essere carica di tensioni perché A. chiedeva a me di assolvere compiti che non sempre erano di mia competenza tenuto conto che a me assegnava molti dei compiti, assolti abitualmente dalla donna. Dietro il pretesto del suo impiego nell'azienda di famiglia che la vedeva impegnata per le ore stabilite per il suo lavoro, io venivo incaricato di fare anche lavori domestici oltre che gestire le spese di casa e altre incombenze, che a

mio avviso, spettavano a lei. Esemplificando: dopo il pranzo ero io a dover lavare la cucina e le stoviglie, dopo aver preparato il pranzo; ero io a dover fare le spese per i consumi giornalieri ed essere attento anche a pagare le bollette dei servizi domestici. A. continuamente mi diceva che lei lavorava ignorando che anche io avevo il mio lavoro nell'officina di mio padre con un regolare guadagno mensile. Tutto questo creava delle tensioni che potevano essere evitate con maggiore senso di collaborazione da parte di entrambi"(II, 27-2/10).

E sempre a dire del convenuto, l'attrice assegnava al marito anche di "stendere il bucato al sole o altro tipo di lavoro con qualche mugugno della gente che notava dall'esterno.Osserva il convenuto: "Senza che io me ne facessi un problema, ero pronto a ripetere ad A. che la convivenza coniugale ha bisogno della collaborazione dei due coniugi perché condizione indispensabile per la costruzione di una comunione coniugale"(II, 28/11).

16 -Tutto pacifico, dunque? Non pare. A darcene uno spaccato è lo stesso N.N. (**CONVENUTO**): "In questa dinamica spesso correvano parole forti con linguaggio piuttosto plateale da parte di A., cosa di cui non mi meravigliavo perché in casa di lei questo accadeva di sovente. Non siamo mai arrivati ad atteggiamenti violenti"(II, 28/12).

Con qualche sfumatura non irrilevante: "Molte volte quando le tensioni superavano i livelli di guardia, ad evitare che la gente del quartiere potesse avere impressioni negative sul nostro menage familiare, mi allontanavo da casa lasciando decantare le tensioni, insorte tra noi"(II, 28/14).

La N.N. (**ATTRICE**), che nel dibattito processuale ha preso la parola due volte, ci offre una diversa chiave di lettura della convivenza coniugale, corredando la sua deposizione di tutti gli elementi utili per la definizione del caso.

Quello dell'attrice è un lungo e dettagliato diario della convivenza coniugale, che, con i suoi vari e imprevedibili risvolti, la scuote e la induce a verificare la validità del suo connubio.

Sentiamola: "Due mesi dopo il matrimonio scoprii che G. mi aveva ingannata sia in merito alla sua patologia, infatti, soffriva di epilessia postraumatica, perciò assumeva il Tegretol, sia sulla sua posizione lavorativa, la quale non si è mai perfezionata con la busta paga…"(169/7)

"Dopo che ho scoperto la patologia di G. e le sue stranezze…sono stata io a evitare le intimità, perché non mi andava di unirmi ad una persona che mi aveva ingannata, tanto meno la ritenevo idonea a diventare padre dei miei figli…"(171/10).

17 -Nel secondo ascolto, l'attrice puntualizza con maggiore precisione i fatti di causa, reiteratamente richiamandosi al disturbo di personalità del con-

venuto, che da subito non consentì alle parti di porre in essere una accettabile vita duale.

È continua: "Durante la convivenza coniugale, spesso G. nelle conversazioni, nelle liti e nelle discussioni digrignava i denti, produceva della schiuma, quindi cominciava a gridare, diventava violento, dava pugni sui mobili, sugli oggetti, sulle porte, sulle pareti e anche su di me. Dopo le prime esperienze, quando vedevo le prime avvisaglie della crisi di G., capivo la gravità della situazione e scappavo via di casa andando prima a lavorare. Nei momenti di serenità, gli chiedevo: "Come mai tutto questo odio nei miei riguardi?", nonostante non gli facessi mai mancare nulla. Egli mi diceva che non era malato, che non era pazzo, che tutti possono cambiare, dammi un'altra possibilità. Non ricordava le crisi evidenziate, quando io gliele rammentavo, egli negava tutto aggiungendo: "Io sono nervoso, sono stressato, sono così", altre volte invece chiedeva scusa. Negò anche l'episodio del ferro da stiro già descritto nelle mia prima deposizione…G. fu violento, con gli stessi modi che aveva con me, con la sorella per non aver egli accettato un invito a cena…Prima del matrimonio, alcune volte, in maniera molto sfumata aveva reazioni nervose… "(Somm. 176/2).

18 -Dalla voce dell'attrice raccogliamo altre sorprendenti esperienze, che non potevano lasciarla tranquilla. Sentiamo: "Durante la convivenza coniugale, fin da subito, mi resi conto che G. era concentrato sui suoi vizi: caffè, sigarette ed altre cose futili, sottraendosi alla collaborazione per le spese straordinarie (mutuo della casa) ed ordinarie (sopravvivenza) a cui dovevo badare io con lo stipendio che non sempre era sufficiente, per cui ero costretta a chiedere aiuto ai miei genitori. G. non si rendeva minimamente conto, data l'instabilità della sua patologia, che si era sposato, infatti viveva come un giovane dipendente da altri. Dal luglio 2010, visitava esclusivamente siti porno, da cui scaricava immagini e video fino a costituirsi un archivio personale. Tale archivio l'ho scoperto nel suo portatile quasi subito. Dopo 5-6 mesi di matrimonio, qualche notte l'ho sorpreso mentre vedeva spettacoli pornografici in televisione. Alle mie richieste di spiegazioni in merito a queste sue predilezioni, egli mi diceva che aveva bisogno di seguire tali spettacoli perché lo aiutavano a stare meglio"(Somm. 178/5).

Sulla conclusione della convivenza coniugale, ripetutamente interrotta, l'attrice racconta che non è finita prima perché i suoi genitori le ricordavano che il matrimonio "è un sacramento che si rispetta e il marito si accetta come Dio lo manda"(Somm. 172/11).

La convivenza nuziale ha avuto la durata di diciotto mesi, tutta intessuta di litigi, violenze e reciproche disattenzioni: un inferno. Per l'attrice la separa-

zione di fatto fu una autentica liberazione.

Già da tempo l'attrice aveva accertato che il convenuto era affetto da epilessia, come certificava il Dott. Colamartino, neurologo, di Bisceglie, che confermava la diagnosi di epilessia e prescrisse di diminuire gradualmente il Tegretol sostituendolo con il Cipralex, un antidepressivo "per tenere a bada le manifestazioni violente di G., come da me descritte" (Somm. 178/2).

I testimoni di parte attrice, nel primo processo, confermano fatti e circostanze riferiti dall'attrice e, in particolare, la grave sindrome da cui era affetto l'A. con l'assunzione del farmaco Tegretol, mirato alla cura delle crisi epilettiche.

19 -In questa nuova fase del processo, la soggettiva versione dei fatti, rappresentata dal convenuto(cfr. R. n.15), è corretta dagli stessi fatti e dalle circostanze, e trova ulteriore appoggio nella prova testimoniale da esso convenuto offerta, che riassumiamo brevemente:

-N.N., papà di G.: "Per quanto riguarda il fatto se mio figlio avesse problemi psicologici posso dire questo: con il nostro lavoro siamo a contatto con il pubblico e persone di ogni tipo, G. è taciturno e introverso ma riesce a relazionarsi con tutti…"(II, 37/2-14)¸ "A volte, dopo il matrimonio, l'ho visto "spento" e gli ho chiesto cosa avesse e solo in quelle occasioni mi disse che la moglie pretendeva troppo da lui…"(II, 37/2-14).

"All'età di circa 15-16 anni mio figlio ha avuto un incidente con la moto, è stato anche in coma, ma quando si è rimesso è tornato a lavorare senza problemi. A. afferma che G. era nervoso e presentava problemi proprio a causa di questo incidente, ma ha inventato tante cose. È vero che mio figlio è stato sottoposto a visite psicologiche e ha fatto una cura per prevenire crisi epilettiche che erano subentrate dopo l'indente (assumeva il Tegretol), cure che a ridosso del matrimonio erano in fase conclusive, oggi non assume nessun farmaco. Posso assicurare che tutto era nella normalità, inoltre posso attestare che mio figlio era capacissimo di assumersi responsabilità matrimoniali come se l'è di fatto assunte"(II, 38/2-14).

-N.N., sorella: "Mio fratello è il primogenito di due figli ed è una persona riservata che ama anche scherzare ma che non ama farsi imporre le cose ma cerca ogni volta di ragionarci per discernere bene il da farsi ed ha un forte senso della famiglia…"(II, 40/4).

"Mio fratello è una persona psicologicamente sana che anche se riservata comunque riesce ad interloquire con le persone ed ha a proposito un buon gruppo di amici; preciso che mio fratello non ha mai avuto problemi a relazionarsi e pertanto non ha mai avuto problematiche di carattere psicologico sulla sua persona"(II, 40/4).

"Un anno prima del matrimonio insieme presero la decisione di convolare a nozze…Ciò che posso dire che mio fratello assumeva quotidianamente fino a dopo il matrimonio, un farmaco, Tegretol, a motivo di un incidente stradale con la moto che lo portò a stare in come per un mese che gli serviva come mantenimento, altro non so"(II, 41/7).

-N.N., madre del convenuto: "G. è il primogenito di due figli: è un ragazzo riservato…Mio figlio è una persona sana che non ha mai avuto problematiche psicologiche e anche se prendeva una pillola di Tegretol, non ha mai avuto problematiche serie. Preciso che questa pillola G. l'ha dovuta prendere a seguito di un incidente avuto con la moto che lo portò ad essere ricoverato e rimanere in coma per un mese circa. Questa pillola era assunta per mantenimento e l'ha continuata a prendere sino a dopo il matrimonio…"(II, 44/4).

Tanti elementi di giudizio, clinicamente rilevanti, utili al perito d'ufficio del N.T.B., per una compiuta relazione peritale sul caso in esame.

20 -E siamo alla relazione peritale.

Scrive il Dott. Chianura: "Sono numerosi i referti degli anni 96-97 fino al 2003 che ribadiscono il pregresso trauma cranico a cui ha fatto seguito la sindrome psicorganica.

Non è mai facile quantificare e qualificare le sequele cliniche che fanno seguito a un trauma cranio-encefalico. Spesso si intrecciano disturbi emozionali, disturbi del comportamento e disabilità cognitive. Ma l'aspetto clinico più complesso si correla a quanto il danno organico si intreccia e si sovrappone alla struttura di personalità. Questo comporta un disordine della condotta sociale e una alterazione dei tratti caratteristici della personalità che si possono configurare in un vero e proprio quadro di "sociopatia acquisita"(II, p. 52).

Ma è l'attenta analisi degli esiti istruttori e peritali che consente al Dott. Chianura di pervenire ad un congruente ragionamento, che inquadra bene, nella sua specificità, il caso di specie.

Noi lo citiamo per esteso: "Sulla base degli esame degli atti e di quello personale è da ritenersi che la sindrome psico-organica post-traumatica del N.N. **(CONVENUTO)** sia stata presente prima, durante e dopo il matrimonio. Anche se i sintomi possono presentare esacerbazioni saltuarie, nel N.N. **(CONVENUTO)** 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. Il soggetto, infatti, può avere il sufficiente uso di ragione ma essere incapace nei riguardi del matrimonio. Perché una persona non sia capace di contrarre valido matrimonio basta, infatti, che difetti gravemente di discrezione di giudizio circa i diritti e i dove-

ri matrimoniali essenziali del matrimonio per cause di natura psichica"

21 -E, di seguito, le rassegnate conclusioni:

"L'N.N. **(CONVENUTO)**, sulla base delle risultanze clinico-anamnestiche, dall'esame psicologico diretto e dei reattivi psicodiagnostica, presentava all'epoca della scelta coniugale una struttura personologica gravemente e abitualmente disfunzionale con marcata immaturità psicoaffettiva che certamente ha impedito, tenuto conto della sindrome psicorganica 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, secondo quanto risulta chiaramente dagli atti di causa. Con ciò si ritiene di aver risposto a tutti i quesiti sottoposti al sottoscritto perito psichiatra"(II, p. 56).

Noi accettiamo queste conclusioni.

22 -La D.V. di Appello chiede che si riformi la sentenza affermativa di primo grado, perché "resta ancora incerto, visti anche i limiti dell'ultima perizia, come la diagnosticata sindrome psicorganica abbia potuto incidere così negativamente e gravemente sulla capacità psichica discretiva e assuntiva di contrarre nell'uomo"(OSS. p. 4).

La risposta alle Osservazioni della nostra D.V. è tutta contenuta nelle argomentazioni conclusive del perito Dott. Chianura.

Non è superfluo aggiungere quanto annotato dai Patroni di parte attrice: "Le conclusioni a cui giunge il dott. Santamato – conformi a quelle a cui giunge il perito d'ufficio – sono fondate su una chiara patologia post traumatica e rese quindi sulla base di una ampia documentazione medica presente in atti che assicura i caratteri della oggettività, lungi da qualsiasi valutazione di natura discrezionale e/o soggetta a duplici interpretazioni o qualificazioni"(Restr. Resp. p. 5).

23 -I Giudici Beneventani auspicano che il convenuto, N.N., ancorché gravato da due sentenze a lui sfavorevoli, veda nella decisione di Appello una risorsa, perché, dopo un adeguato percorso psicoterapeutico e una stabile terapia di mantenimento sul piano neurologico, "possa aspirare in progresso di tempo alla celebrazione di un valido matrimonio secondo le leggi della

Chiesa"(II, p.57).

24 – Ex actis et probatis, conclude il Collegio, risulta provato l'assunto attoreo

25 – Le quali cose esposte in diritto e in fatto, Noi sottoscritti Giudici di Turno, riuniti in seduta collegiale, alla presenza di Dio, e invocato il Nome di Cristo, dichiariamo e sentenziamo:

CONSTA DELLA NULLITA' DI QUESTO MATRIMONIO PER:

1. Per 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 c.i.c.);

2. Per incapacità del convenuto ad assumere gli obblighi essenziali del matrimonio per cause di natura psichica(can.1095 n. 3).

Pertanto al dubbio concordato si risponde:

A F F E R M A T I V A M E N T E.

Confermando la sentenza affermativa emessa dal T.E.R.P. in data in data 10 marzo 2014. (*Omissis)*

Presentazione

La sezione Giurisprudenza e Legislazione civile, presente in questo numero della Rivista, si apre con una ricca ed articolata rassegna giurisprudenziale di Paolo Di Marzio, dal titolo Le unioni civili, la filiazione e la protezione dei bisogni, in Cassazione nel 2018.

Segue la pubblicazione della sentenza della Corte di Cassazione n. 21916/2019 in materia di libertà religiosa, affidamento della prole e ascolto del minore, corredata dalla nota di commento a cura di Franco Sicuro (Libertà religiosa dei genitori ed interesse superiore del minore).

La sezione di questo numero della Rivista è altresì arricchita da due pronunciamenti della Corte di Cassazione in materia di protezione internazionale e discriminazione determinata da motivi religiosi: sentenza 21 agosto 2019, n. 26823; ordinanza 27 novembre 2019, n. 30969.

È stata altresì pubblicata la sentenza n. 30900 della Corte di Cassazione, in materia di delibazione delle sentenze ecclesiastiche, corredata della nota di commento di Marco Canonico (Nullità matrimoniale canonica e contestata prolungata convivenza coniugale).

Chiude la Sezione della Giurisprudenza civile una ordinanza del Tribunale di Pavia, inerente il rapporto tra residenza, bonus famiglia e principio di discriminazione.

Le unioni familiari, la filiazione e la protezione dei bisognosi, in Cassazione nel 2018

Paolo Di Marzio

Parte Sostanziale

Sommario: *1. La validità del matrimonio e dell'unione civile – 2. La separazione personale dei coniugi – 3. Scioglimento delle unioni personali e conseguenze – 4. Il regime patrimoniale della famiglia – 5. Il mantenimento dei figli – 6. Il destino della casa familiare nello scioglimento della coppia – 7. Il riconoscimento dello* status *di figlio – 8. Responsabilità genitoriale – 9. Lo stato di abbandono del minore ed i procedimenti adottivi – 10. Convivenza* more uxorio *e famiglia di fatto – 11. Le unioni civili – 12. La protezione dei soggetti bisognosi – 13. Il sepolcro gentilizio – 14. Questioni in materia di matrimonio concordatario*

1. La validità del matrimonio e dell'unione civile

In materia di contenuto essenziale del matrimonio, la Cassazione ha specificato che l'autorità consolare italiana non può negare il visto di ingresso sul territorio nazionale al cittadino straniero che lo domandi al fine di attuare il ricongiungimento familiare al coniuge, altro cittadino straniero legittimamente soggiornante in Italia, in conseguenza dell'accertamento che il matrimonio è stato contratto in mancanza di precedenti rapporti tra gli sposi, ed è stato concordato tra le loro famiglie, perché queste circostanze non escludono il fine tipico del matrimonio, consistente nell'intento dei coniugi di formare una famiglia propria, potendo essere negato il visto d'ingresso solo in conseguenza dell'accertamento che il matrimonio è stato contratto al fine esclusivo di consentire al richiedente di entrare o soggiornare nel territorio dello Stato[1].

La Suprema Corte ha poi deciso che il matrimonio tra persone dello stesso sesso contratto all'estero tra un cittadino italiano ed uno straniero, ai sensi

[1] Cass. Sez. VI-I, ord. 9.2.2018, n. 3234, est. De Chiara, Ced Cass. *Rv*. 647883-01.

dell'art. 32-bis della legge n. 218 del 1995, può essere trascritto nel nostro ordimento, ma quale unione civile, essendo trascrivibile come matrimonio solo quello contratto all'estero da due cittadini stranieri. Né tale previsione è discriminatoria per ragioni di orientamento sessuale ed in contrasto con gli artt. 2, 3, 29 e 117 Cost., in relazione agli artt. 8 e 14 della Cedu, poiché la scelta del modello di unione riconosciuta tra persone dello stesso sesso negli ordinamenti facenti parte del Consiglio d'Europa è rimessa al libero apprezzamento degli Stati membri, purché garantisca a tali unioni uno standard di tutele coerente con il diritto alla vita familiare ex art. 8 come interpretato dalla Corte Edu[2].

Nella stessa sentenza la Corte di legittimità ha poi sancito che in tema di trascrizione di matrimonio, unione civile o altri istituti analoghi costituiti all'estero tra persone dello stesso sesso, le disposizione della legge n. 76 del 2016 e dei decreti di attuazione n. 5 e n. 7 del 2017 si applicano anche ai vincoli costituiti prima dell'entrata in vigore della predetta disciplina poiché, ai sensi dell'art. 1, comma 28, della l. n. 76 del 2016, tali norme sono state espressamente formulate per garantire un trattamento giuridico uniforme a situazioni identiche sorte in tempi diversi[3].

2. *La separazione personale dei coniugi*

Come di consueto, sono risultate assai numerose, nell'anno 2018, le pronunce in materia di separazione personale dei coniugi, anche in relazione ai profili processuali. Significativa risulta, in particolare, una delle sentenze in materia di addebito. Nell'anno 2017 la Cassazione aveva deciso che le violenze fisiche costituiscono violazioni talmente gravi ed inaccettabili dei doveri nascenti dal matrimonio 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

---

[2] Cass. Sez. I, sent. 14.5.2018, n. 11696, est. Acierno, Ced Cass. *Rv*. 648562-02, edita in *Nuova giur. civ. comm*., 10/2018, p. 1436, con nota di Caredda V., *Matrimonio "misto": efficacia e trascrivibilità*, ed in *Fam. dir*., 2/2019, p. 136, con nota di Serra M.L., *Sulla trascrizione del matrimonio omosessuale estero e diritti fondamentali della persona*, in *Dir. fam*., 2018, p. 1284, con nota di Cicero C. e Liuzzi A., *Riconoscimento di matrimonio omosessuale all'estero e sua 'degradazione' in unione civile*, ed in *Foro it*., 2018, I, p. 1948, con annotazione di Casaburi G.

[3] Cass. Sez. I, sent. 14.5.2018, n. 11696 … *cit., locc. cit.*

rimasto vittima delle violenze, restando altresì irrilevante la posteriorità temporale delle violenze rispetto al manifestarsi della crisi coniugale[4]. Nell'anno 2018 la Suprema Corte ha confermato che *l'accertamento del comportamento violento di un coniuge* esonera il giudice del merito dal dovere di procedere alla comparazione, ai fini dell'adozione delle relative pronunce, con il comportamento del coniuge che sia vittima delle violenze, ma ha precisato che tale condotta, comunque di estrema gravità, *è comunque comparabile con comportamenti omogenei*[5]. Resta da valutare se non occorre effettuare qualche ulteriore riflessione su quale sia il corretto rilievo da assegnare ad una simile condotta, ai fini dell'addebito della separazione, qualora risulti accertato che il comportamento violento sia stato posto in essere quando il rapporto coniugale era già entrato in crisi ed i coniugi (se del caso) erano stati pure autorizzati a vivere separati.

In tema di separazione giudiziale, ha ribadito la Cassazione, non sussiste il diritto all'assegno di mantenimento nel caso in cui non si sia realizzata, dopo il matrimonio, alcuna comunione materiale e spirituale tra i coniugi. Nella fattispecie, il matrimonio era durato 28 giorni e i coniugi non avevano mai instaurato un regime di convivenza[6].

In forza dell'art. 157 cod. civ., gli effetti della separazione personale, in mancanza di una dichiarazione espressa di riconciliazione, cessano soltanto col fatto della coabitazione, la quale non può, quindi, ritenersi ripristinata per la sola sussistenza di ripetute occasioni di incontri e di frequentazioni tra i coniugi, ove le stesse non depongano per una reale e concreta ripresa delle relazioni materiali e spirituali costituenti manifestazione ed effetto della rinnovata società coniugale. Ne consegue, ha chiarito il Giudice di legittimità, che passata in giudicato la sentenza di separazione personale con addebito reciproco, il coniuge superstite, al fine di far valere diritti successori, è tenuto ad allegare specificamente l'avvenuta cessazione degli effetti della separazione, con correlata caducazione della sentenza a far data dal ripristino della convivenza spirituale e materiale[7].

---

[4] Cass. Sez.VI-I, ord. 22.3.2017, n. 7388, est. Bisogni, Ced Cass. *Rv*. 644601-01.

[5] Cass. Sez. VI-I, ord. 19.02.2018, n. 3925, est. Sambito, Ced Cass. *Rv*. 647886 – 01.

[6] Cass. Sez. VI-I, ord. 10.1.2018 n. 402, est. Bisogni, Ced Cass. *Rv*. 647294-01.

[7] Cass. Sez. II, ord. 23.1.2018, n. 1630, est. Scarpa, Ced Cass. *Rv*. 647784-01, edita in *Fam. dir*., 2/2019, p. 182, con nota di Italia E., *Sulla riconciliazione tacita come fatto estintivo della separazione giudiziale*.

Le reiterate violenze fisiche e morali, inflitte da un coniuge all'altro, costituiscono violazioni talmente gravi dei doveri nascenti dal matrimonio da fondare, di per sé sole, non solo la pronuncia di separazione personale, in quanto cause determinanti la intollerabilità della convivenza, ma anche la dichiarazione della sua addebitabilità all'autore di esse. Il loro accertamento esonera il giudice del merito, ha confermato la Cassazione, dal dovere di procedere alla comparazione, ai fini dell'adozione delle relative pronunce, col comportamento del coniuge che sia vittima delle violenze, trattandosi di atti che, in ragione della loro estrema gravità, sono comparabili solo con comportamenti omogenei[8].

In tema di separazione personale dei coniugi, la Corte di legittimità ha chiarito che l'attitudine al lavoro proficuo dei medesimi, quale potenziale capacità di guadagno, costituisce elemento valutabile ai fini della determinazione della misura dell'assegno di mantenimento da parte del giudice, qualora venga riscontrata in termini di effettiva possibilità di svolgimento di un'attività lavorativa retribuita, in considerazione di ogni concreto fattore individuale e ambientale e con esclusione di mere valutazioni astratte e ipotetiche. In applicazione di tale principio la Suprema Corte ha rigettato il ricorso avverso la sentenza del giudice di merito, che aveva escluso il diritto al mantenimento del coniuge, in ragione della pacifica esistenza di proposte di lavoro immotivatamente non accettate[9].

Pronunciando in materia di conseguenze della separazione personale dei coniugi, la Cassazione ha statuito – considerato che durante il matrimonio ciascun coniuge è tenuto a contribuire alle esigenze della famiglia in misura proporzionale alle proprie sostanze, secondo quanto previsto dagli artt. 143 e 316-bis, primo comma, cod. civ. – che a seguito della separazione non sussiste il diritto al rimborso di un coniuge nei confronti dell'altro per le spese sostenute in modo indifferenziato per i bisogni della famiglia durante il matrimonio. Nella specie, la Corte di legittimità ha cassato la sentenza del giudice di merito che aveva dichiarato la compensazione tra quanto versato dall'attore per la Tarsu relativa all'immobile assegnato alla moglie in sede di separazione, con il credito vantato da quest'ultima a titolo di rimborso delle spese per le utenze domestiche sostenute durante il matrimonio[10].

---

[8] Cass. Sez. VI-I, ord. 19.2.2018, n. 3925, est. Sambito, Ced Cass. *Rv*. 647886-01, *cit*.

[9] Cass. Sez. VI-I, ord. 9.3.2018, n. 5817, est. Terrusi, Ced Cass. *Rv*. 647896-01, edita ne *Il familiarista*, *on line* 4.6.2018, con nota di Vicini R., *Tenore di vita goduto in costanza di matrimonio: archiviato anche nella separazione?*

[10] Cass. Sez. VI-I, ord. 7.5.2018, n. 10927, est. Lamorgese, Ced Cass. *Rv*. 648282-01.

Nel procedimento di separazione personale dei coniugi, ha precisato la Cassazione, la valutazione delle capacità economiche del coniuge obbligato, ai fini del riconoscimento e della determinazione dell'assegno di mantenimento in favore dell'altro coniuge, deve essere operata sul reddito netto e non già su quello lordo, poiché, in costanza di matrimonio, la famiglia fa affidamento sul reddito netto, e ad esso rapporta ogni possibilità di spesa. Nel caso di specie, il Giudice di legittimità ha cassato la sentenza della Corte d'Appello, la quale aveva ritenuto che il reddito di un agente di commercio potesse essere desunto dall'importo delle fatture emesse per il pagamento delle provvigioni, detratte le sole ritenute d'acconto, senza prendere in considerazione la dichiarazione dei redditi dell'onerato, e le spese sostenute per l'esercizio dell'attività professionale[11].

Intervenuta la separazione personale dei coniugi, ha deciso la Suprema Corte, la convivenza stabile e continuativa, intrapresa con altra persona, è suscettibile di comportare la cessazione o l'interruzione dell'obbligo di corresponsione dell'assegno di mantenimento che grava sull'altro, dovendosi presumere che le disponibilità economiche di ciascuno dei conviventi *more uxorio* siano messe in comune nell'interesse del nuovo nucleo familiare; ma resta salva la facoltà del coniuge richiedente l'assegno di provare che la convivenza di fatto non influisce in *melius* sulle proprie condizioni economiche e che i propri redditi rimangono inadeguati[12].

La Cassazione è quindi tornata ad affermare che, in tema di separazione personale, la formazione di un nuovo aggregato familiare di fatto ad opera del coniuge beneficiario dell'assegno di mantenimento, comportando una rottura tra il preesistente tenore e modello di vita caratterizzanti la pregressa fase di convivenza matrimoniale ed il nuovo assetto fattuale, fa venire definitivamente meno il diritto alla contribuzione periodica[13].

---

[11] Cass. Sez. VI-I, ord. 31.5.2018, n. 13954, est. Mercolino, Ced Cass. *Rv*. 648791-01, edita ne *Il familiarista*, *on line* 12.9.2018, con nota di Muscio R., *Assegno per il figlio: la Cassazione precisa come si calcola il reddito dei genitori*.

[12] Cass. Sez. I, sent. 27.6.2018, n. 16982, est. Lamorgese, Ced Cass. *Rv*. 649674-01.

[13] Cass. Sez. I, sent. 19.12.2018, n. 32871, est. Genovese, Ced Cass. *Rv*. 651937-01, edita in *Foro it*., 2018, I, p. 465, con annotazione redazionale di Casaburi G., ed in *Diritto & Giustizia*, 225/2018, *on line* 20.12.2018, con nota di Mendicino S., *Assegno di mantenimento: se il beneficiario costituisce una famiglia di fatto perde il diritto*.

3. Scioglimento delle unioni personali e conseguenze

Sono numerose e di rilievo, anche in ambito processuale, le pronunce della Suprema Corte nel 2018 in materia di conseguenze dello scioglimento delle unioni personali. Particolarmente *significativa appare la pronunzia delle Sezioni Unite in materia di riconoscimento e quantificazione dell'assegno divorzile in favore dell'ex coniuge*. Nell'anno 2017 la Cassazione aveva affermato che il giudizio dovesse svolgersi in due fasi nitidamente distinte, quella relativa all' an debeatur, da definire accertando se il coniuge richiedente l'assegno dispone di mezzi adeguati – valutazione da effettuarsi non più in considerazione del tenore di vita della pregressa vita coniugale, bensì dell'autosufficienza economica dell'istante – ed una seconda, solo eventuale, dedicata alla definizione del *quantum debeatur*, servendosi dei parametri indicati all'art. 5, comma 6, della legge divorzile[14]. Nella stessa decisione la Corte di legittimità aveva ritenuto che la funzione dell'assegno divorzile in favore dell'ex coniuge dovesse ritenersi esclusivamente assistenziale. Le Sezioni Unite hanno invece sancito che la *funzione dell'assegno non è solo assistenziale, ma anche perequativa e compensativ*a, e che i ricordati parametri, di cui all'art. 5, comma 6, della legge divorzile, devono utilizzarsi sia per stabilire se l'assegno è dovuto, sia per provvedere alla sua quantificazione.

In tema di divorzio, il diritto dell'ex coniuge all'attribuzione di una porzione della pensione di reversibilità dell'altro, presuppone il riconoscimento in suo favore, con decorrenza anteriore alla morte dell'altro coniuge, della spettanza dell'assegno divorzile, ha chiarito la Suprema Corte, anche se in conseguenza di pronuncia non ancora passata in giudicato[15].

Il Giudice di legittimità ha poi spiegato che l'art. 12-bis della l. n. 898 del 1970, nella parte in cui stabilisce, in favore del coniuge titolare dell'assegno divorzile, il diritto ad una quota dell'indennità di fine rapporto percepita dall'altro coniuge, "anche se l'indennità viene a maturare dopo la sentenza",

---

[14] Cass. Sez. I, sent. 10.5.2017, n. 11504, est. Lamorgese, Ced Cass. *Rv*. 644019-01 e 644019-02, edita, tra l'altro, in *Nuova giur. civ. comm*., 7-8/2017, I, p. 1001 con nota di Roma U., *Assegno di divorzio: dal tenore di vita all'indipendenza economica* ed in *Giur. it*., 6/2017, p. 1269, con nota di Di Majo A., *Assistenza o riequilibrio negli effetti del divorzio?*

[15] Cass. Sez. I, sent. 20.2.2018, n. 4107, est. Di Marzio P., Ced Cass. *Rv*. 647625-01, edita in *Dir. fam*., 2018, p. 861, con annotazione redazionale, ne *Il familiarista*, *on line* 28.5.2018, con nota di Parlanti L., *Per conseguire la pensione di reversibilità non occorre una sentenza definitiva sull'assegno divorzile*, ed in *Diritto & Giustizia*, 33/2018, *on line* 21.2.2018, con nota di Di Lallo A., *Prima moglie e seconda moglie: pensione di reversibilità e TFR*.

deve essere interpretato nel senso che tale diritto può sorgere anche prima della sentenza di divorzio, ma dopo la proposizione della relativa domanda, coerentemente con la natura costitutiva della sentenza sullo *status* e con la possibilità, ai sensi dell'art. 4 della l. n. 898 del 1970, di stabilire la retroattività degli effetti patrimoniali della sentenza a partire dalla data della domanda[16].

Pronunciando in ordine ad una ex coppia di conviventi di fatto, la Corte di legittimità ha chiarito che in tema di affidamento dei figli minori, il criterio fondamentale cui deve attenersi il giudice nel fissare le relative modalità, in caso di conflitto genitoriale, è quello del superiore interesse della prole, stante il preminente diritto del minore ad una crescita sana ed equilibrata, sicché il perseguimento di tale obiettivo può comportare anche l'adozione di provvedimenti – quali, nella specie, il divieto di condurre il minore agli incontri della confessione religiosa abbracciata dal genitore dopo la fine della convivenza – contenitivi o restrittivi di diritti individuali di libertà dei genitori, ove la loro esteriorizzazione determini conseguenze pregiudizievoli per il figlio che vi presenzi, compromettendone la salute psico-fisica o lo sviluppo[17].

Pronunciando a Sezioni Unite, la Cassazione ha statuito che il riconoscimento dell'assegno di divorzio in favore dell'ex coniuge, cui deve attribuirsi una funzione assistenziale ed in pari misura compensativa e perequativa, ai sensi dell'art. 5, comma 6, della l. n. 898 del 1970, richiede l'accertamento dell'inadeguatezza dei mezzi dell'ex coniuge istante, e dell'impossibilità di procurarseli per ragioni oggettive, applicandosi i criteri equiordinati di cui alla prima parte della norma, i quali costituiscono il parametro cui occorre attenersi per decidere sia sulla attribuzione sia sulla quantificazione dell'assegno. Il giudizio dovrà essere espresso, in particolare, alla luce di una valutazione comparativa delle condizioni economico-patrimoniali delle parti, in considerazione del contributo fornito dal richiedente alla conduzione della vita familiare ed alla formazione del patrimonio comune, nonché di quello personale di ciascuno degli ex coniugi, in relazione alla durata del matrimonio ed all'età dell'avente diritto[18].

---

[16] Cass. Sez. VI-I, ord. 22.3.2018, n. 7239, est. Valitutti, Ced Cass. *Rv*. 647900-01, edita in *Fam. dir*., 3/2019, p. 283, con nota di Nunin R., *Sentenza di divorzio e trattamento di fine rapporto*.

[17] Cass. Sez. I, sent. 24.5.2018, est. Cristiano, n. 12954, Ced Cass. *Rv*. 649115-01, edita in *Foro it*., insieme con Cass. Sez. I, 24.5.2018, n. 12957, *cit*., con annotazione redazionale di Casaburi G., ed in *Giur. it*., 2019, p. 780, con nota di Lo Giacco M. L., *Il superiore interesse del bambino come limite alla libertà religiosa dei genitori*.

[18] Cass. SS.UU., sent. 11.7.2018, n. 18287, est. Acierno, Ced Cass. *Rv*. 650267-01, evidenza aggiunta, edita in *Foro it*., 2018, I, con note, p. 3605, di Macario F., *Una decisione anomala e*

Nella stessa decisione le Sezioni Unite hanno pure specificato che all'assegno divorzile in favore dell'ex coniuge deve attribuirsi, oltre alla natura assistenziale, anche natura perequativo-compensativa, che discende direttamente dalla declinazione del principio costituzionale di solidarietà, e conduce al riconoscimento di un contributo volto a consentire al coniuge richiedente *non* il conseguimento dell'*autosufficienza economica* sulla base di un parametro astratto, bensì il raggiungimento in concreto di un livello reddituale adeguato al contributo fornito nella realizzazione della vita familiare, in particolare tenendo conto delle aspettative professionali sacrificate[19].

Ancora nella medesima pronuncia, le Sezioni Unite hanno chiarito che la funzione equilibratrice del reddito degli ex coniugi, anch'essa assegnata dal legislatore all'assegno divorzile, *non* è finalizzata alla *ricostituzione del tenore di vita endoconiugale*, ma al riconoscimento del ruolo e del contributo fornito dall'ex coniuge economicamente più debole alla formazione del patrimonio della famiglia e di quello personale degli ex coniugi[20].

Ai fini del riconoscimento della pensione di reversibilità in favore del coniuge nei cui confronti è stato dichiarato lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, ha chiarito la Corte di legittimità, la titolarità dell'assegno di cui all'art. 5 della l. n. 898 del 1970, deve intendersi come titolarità attuale e concretamente fruibile dell'assegno periodico divorzile al momento della morte dell'ex coniuge e non già come titolarità astratta del diritto all'assegno divorzile già definitivamente soddisfatto con la corresponsione in unica soluzione. In quest'ultimo caso, infatti, difetta il requisito funzionale del trattamento di reversibilità, che è dato dal medesimo presupposto solidaristico dell'assegno periodico di divorzio, finalizzato alla continuazione del sostegno economico in favore dell'ex coniuge, mentre nel caso in cui l'assegno sia stato già corrisposto, per intero ed in un'unica soluzione, non sussiste una situazione di contribuzione economica che viene a mancare[21].

---

restauratrice delle Sezioni unite nell'attribuzione (e determinazione) dell'assegno di divorzio, p. 3615, di Morace Pinelli A., *L'assegno divorzile dopo l'intervento delle Sezioni unite*, e p. 3999, di Cea C.M., *L'assegno di divorzio e la nomofilachia intermittente*, decisione pubblicata anche in *Corr. giur*., 10/2018, p. 1186, con nota di Patti S., *Assegno di divorzio: il "passo indietro" delle Sezioni Unite*, ed in *Giur. it*., 2018, p. 1843, con nota di Rimini C., *Il nuovo assegno di divorzio: la funzione compensativa e perequativa*.

[19] Cass. SS.UU., sent. 11.7.2018, n. 18287, est. Acierno, Ced Cass. *Rv*. 650267-02, *cit., locc. cit*., evidenza aggiunta.

[20] Cass. SS.UU., sent. 11.7.2018, n. 18287, est. Acierno, Ced Cass. *Rv*. 650267-03, *cit., locc. cit*., evidenza aggiunta.

[21] Cass. SS.UU, sent. 24.9.2018, n. 22434, est. Bisogni, Ced Cass. *Rv*. 650460-01, edita in *Corr. giur*., 5/2019, p. 615, con nota di Bugetti M.N., *Le Sezioni Unite sulla pensione di reversibilità: non*

4. Il regime patrimoniale della famiglia

L'analisi delle decisioni della Suprema Corte nell'anno 2018 in materia di regime patrimoniale della famiglia, inteso in senso lato, mostra come *la materia si rivela interdisciplinar*e, non solo per la presenza di decisioni in materia sostanziale così come processuale, ma anche per la ricorrente interferenza con materie proprie di rami diversi del diritto civile rispetto al diritto della famiglia, specifica attribuzione della prima sezione della Suprema Corte. In conseguenza, riscontrata la loro indubbia rilevanza, si è ritenuto opportuno riportare anche decisioni di tutte le altre sezioni della Cassazione.

La Corte di legittimità ha statuito che, qualora viga il regime di comunione legale tra coniugi, in virtù dell'art. 177, comma primo, lett. b), cod. civ., deve escludersi che rientrino nella comunione *de residuo* i frutti dei beni personali di uno dei coniugi in corso di maturazione, ma non ancora percepiti, al tempo dello scioglimento della comunione legale. Nella specie il Giudice di legittimità ha escluso dalla comunione *de residuo* gli interessi su buoni postali di proprietà esclusiva di uno dei coniugi, in corso di maturazione al tempo della separazione personale[22].

La cessione di un immobile di proprietà di coniugi in regime di comunione legale dei beni, e utilizzato per l'esercizio dell'impresa individuale di uno di essi, è soggetta ad IVA, ha deciso la Cassazione. Tale soggezione è assorbente rispetto a quella ad imposta di registro, in quanto, dal punto di vista tributario, la cessione non è un atto plurimo avente ad oggetto singole quote di comune proprietà valutabili separatamente in dipendenza della natura dei soggetti proprietari, ma un atto unitario, rilevante oggettivamente come atto d'impresa[23].

Il Giudice di legittimità ha poi sancito che la realizzazione da parte di uno dei coniugi, senza il consenso dell'altro e su un fondo in comunione legale, di uno o più edifici, costituisce atto eccedente l'ordinaria amministrazione di cui

---

spetta all'ex coniuge in caso di liquidazione dell'assegno una tantum, in *Foro it*., 2018, I, p. 3923, con nota di Casaburi G., *Assegno divorzile* una tantum *e pensione di reversibilità, la discutibile soluzione delle Sezioni Unite*, ed in *Nuova giur. civ. comm*., 2/2019, p. 296, con nota di Quadri E., *Contribuzioni post-matrimoniali in unica soluzione e diritto alla pensione di reversibilità: la discutibile chiusura delle Sezioni Unite*.

[22] Cass. Sez. I, sent. 19.1.2018, n. 1429, est. Di Marzio P., Ced Cass. *Rv*. 646853-01.

[23] Cass. Sez. V, ord. 14.2.2018, n. 3557, est. Stalla, Ced Cass. *Rv*. 647208-01, edita ne *Il Fisco*, 11/2018, p. 1075, con nota di Peirolo M., *Cessione di immobile da parte di coniugi in comunione legale*.

è possibile fare valere l'annullabilità in giudizio[24].

In tema di IRPEF, la Suprema Corte ha chiarito che la plusvalenza derivante dalla cessione di un'impresa familiare, ove il titolare si sia avvalso, nella propria dichiarazione dei redditi, dell'imposta sostitutiva di cui all'art. 1 del d.lgs. n. 358 del 1997, deve essere interamente imputata allo stesso e non anche ai singoli familiari partecipanti in proporzione della quota[25].

In materia di rimborsi e restituzioni conseguenti allo scioglimento della comunione legale dei beni tra coniugi, ha sancito la Cassazione, il riconoscimento del debito, operato durante il matrimonio da uno dei coniugi in favore della comunione, non importa una modifica delle convenzioni matrimoniali e non è pertanto richiesta l'adozione della forma dell'atto pubblico[26].

La Corte di legittimità ha quindi chiarito che, vigendo il regime patrimoniale di comunione legale dei coniugi, il disposto di cui all'art. 184 cod. civ. (secondo cui "gli atti compiuti da un coniuge senza il necessario consenso dell'altro coniuge e da questo non convalidati sono annullabili se riguardano beni immobili o beni mobili elencati nell'art. 2683") presuppone l'effettiva autonoma disposizione di un bene comune da parte di uno solo dei coniugi, pertanto non si applica nel caso in cui tutti i contraenti siano a conoscenza della comunione dei beni tra i coniugi e questi ultimi figurino entrambi nel contratto come venditori, atteso che, in tal caso, il mancato consenso di uno dei due impedisce il sorgere di una valida obbligazione a carico dell'altro[27].

In tema di assegnazione di alloggi di cooperative edilizie a contributo statale, il momento determinativo dell'acquisto della titolarità dell'immobile da parte del singolo socio, onde stabilire se il bene ricada, o meno, nella comunione legale tra coniugi, ha chiarito la Suprema Corte, è quello della stipula del contratto di trasferimento del diritto dominicale (contestuale alla convenzione di mutuo individuale), poiché solo con la conclusione di tale negozio il socio acquista, irrevocabilmente, la proprietà dell'alloggio (assumendo, nel

---

[24] Cass. Sez. II, sent. 28.2.2018, n. 4676, est. Bellini, Ced Cass. *Rv*. 647844-01, edita in *Corr. giur*., 1/2019, p. 50, con nota di Cicero C. e Maxia M., *Scioglimento della comunione legale, mutamento in separazione dei beni e disciplina applicabile ai beni acquisiti nel previgente regime patrimoniale*.

[25] Cass. Sez. V, sent. 9.3.2018, n. 5726, est. Esposito, Ced Cass. *Rv*. 647252-01.

[26] Cass. Sez. I, ord. 30.3.2018, n. 7957, est. Di Marzio P., Ced Cass. *Rv*. 648882-01.

[27] Cass. Sez. II, sent. 6.4.2018, n. 8525, est. Bellini, Ced Cass. *Rv*. 647997-01, edita ne *Il familiarista*, *on line* 9.4.2018, con note di Valentino E., *Contratto preliminare di vendita di un immobile cointestato e necessità del consenso di entrambi i coniugi* e, *on line* 27.7.2018, di Parlanti L., *Nullo il preliminare di vendita sottoscritto solo dal marito: necessario il consenso di entrambi i coniugi*.

contempo, la veste di mutuatario dell'ente erogatore), mentre la semplice qualità di socio, e la correlata "prenotazione", in tale veste, dell'alloggio, si pongono come vicende riconducibili soltanto a diritti di credito nei confronti della cooperativa, inidonei, come tali, a formare oggetto della *communio incidens* familiare[28].

In tema di imposta di registro, ai fini del godimento delle agevolazioni cd. "prima casa" da parte di un soggetto coniugato in regime di comunione legale dei beni, la Cassazione ha chiarito che la dichiarazione di cui all'art. 1, nota II bis, lett. b) e c), della Tariffa allegata al d.P.R. n. 131 del 1986, deve essere resa da entrambi i coniugi, anche quello non intervenuto nell'atto[29].

Qualora una quota di eredità sia stata alienata a persona non facente parte della comunione che sia, però, sposata in regime di comunione legale con uno dei coeredi, il Giudice di legittimità ha deciso che l'acquirente non può essere considerato soggetto estraneo ai fini dell'esercizio del diritto di prelazione previsto dall'art. 732 cod. civ., poiché tale quota rientra automaticamente ex art. 177 cod. civ. nella suddetta comunione legale e, pertanto, il regime proprietario conseguente alla cessione è identico a quello che sarebbe derivato se il cessionario fosse stato il coniuge coerede[30].

In tema di fondo patrimoniale, il criterio identificativo dei crediti il cui soddisfacimento può essere realizzato in via esecutiva sui beni conferiti nel fondo va ricercato nella relazione esistente tra gli scopi per cui i debiti sono stati contratti ed i bisogni della famiglia, ha sancito la Corte di legittimità, con la conseguenza che l'esecuzione sui beni del fondo o sui frutti di esso può avere luogo qualora la fonte e la ragione del rapporto obbligatorio abbiano inerenza diretta ed immediata con i predetti bisogni[31].

In tema di imposta di registro e dei relativi benefici per l'acquisto della prima casa, al fine della fruizione degli stessi, ai sensi dell'art. 2 della l. n. 118 del 1985, il requisito della residenza nel Comune in cui è ubicato l'immobile va riferito alla famiglia, ha chiarito la Suprema Corte, con la conseguenza che,

---

[28] Cass. Sez. II, sent. 30.3.2018, n. 13570, est. Grasso, Ced Cass. *Rv*. 648770-01.

[29] Cass. Sez. VI-V, ord. 5.6.2018, n. 14326, est. Luciotti, Ced Cass. *Rv*. 648871-01.

[30] Cass. Sez. VI-II, ord. 12.6.2018, n. 15271, est. Criscuolo, Ced Cass. *Rv*. 649214-01.

[31] Cass. Sez. VI-III, ord. 19.6.2018, n. 16176, est. Scoditti, Ced Cass. *Rv*. 649433-01, edita in *Diritto & Giustizia*, 106/2018, *on line* 20.6.2018, con nota di Villa A., *Esecuzione sui beni conferiti nel fondo patrimoniale solo se il debito ha attinenza diretta con i bisogni della famiglia*.

in caso di comunione legale tra coniugi, rileva che il cespite acquistato sia destinato a residenza familiare, mentre non assume rilievo in senso contrario la circostanza che uno dei coniugi non abbia la residenza anagrafica in tale Comune, e ciò in ogni ipotesi in cui il bene sia divenuto oggetto della comunione ai sensi dell'art. 177 cod. civ., quindi sia in caso di acquisto separato che congiunto dello stesso[32].

La Cassazione ha quindi statuito che la comunione legale dei coniugi, in assenza della dichiarazione di dissenso di cui all'art. 228, comma 1, della l. n. 151 del 1975, decorre dal 16 gennaio 1978 e interessa i beni acquistati separatamente nel primo biennio di applicazione della legge stessa – e, dunque, in pendenza del regime transitorio – solo se ancora esistenti, alla scadenza del biennio, nel patrimonio del coniuge che li ha acquistati[33].

Il Giudice di legittimità ha chiarito che, in tema di riscossione coattiva, l'iscrizione ipotecaria di cui all'art. 77 del d.P.R. n. 602 del 1973, è ammissibile anche sui beni facenti parte di un fondo patrimoniale alle condizioni indicate dall'art. 170 cod. civ., sicché è legittima solo se l'obbligazione tributaria (nella specie, relativa a sanzioni amministrative per violazione del codice della strada e omesso pagamento di tributi) sia strumentale ai bisogni della famiglia o se il titolare del credito non ne conosceva l'estraneità a tali bisogni, gravando in capo al debitore opponente l'onere della prova non solo della regolare costituzione del fondo patrimoniale, e della sua opponibilità al creditore procedente, ma anche della circostanza che il debito sia stato contratto per scopi estranei alle necessità familiari, avuto riguardo al fatto generatore dell'obbligazione e a prescindere dalla natura della stessa[34].

La donazione del bene, effettuata da parte di uno solo dei coniugi in regime di comunione legale, è invalida, ha statuito la Corte di legittimità, ai sensi dell'art. 184 cod. civ., previsione specifica e tendenzialmente onnicomprensiva che commina la sanzione dell'annullabilità a tutti gli atti dispositivi compiuti senza il consenso o in assenza di convalida, atti nel cui novero rientra

---

[32] Cass. Sez. VI-V, ord. 22.6.2018, n. 16604, est. Luciotti, Ced Cass. *Rv*. 649211-01.

[33] Cass. Sez. II, ord. 22.8.2018, n. 20969, est. Tedesco, Ced Cass. *Rv*. 650026-01.

[34] Cass. Sez. III, ord. 23.8.2018, n. 20998, est. Di Florio, Ced Cass. *Rv*. 650445-01, edita in *Corr. trib*. 39/2018, p. 3017, con nota di Fronticelli Baldelli E., *Inopponibilità del fondo patrimoniale all'ipoteca esattoriale*, e ne *Il fallimentarista*, *on line* 14.11.2018, con nota di Giuliana G., *Pignorabilità del fondo patrimoniale per crediti esattoriali e rimedi azionabili nel processo esecutivo*.

anche la donazione avente ad oggetto beni immobili o mobili registrati[35].

L'attività con la quale il marito fornisce il denaro affinché la moglie divenga con lui comproprietaria di un immobile, ha deciso la Suprema Corte, è riconducibile nell'ambito della donazione indiretta, così come sono ad essa riconducibili, finché dura il matrimonio, i conferimenti patrimoniali eseguiti spontaneamente dal donante, volti a finanziare lavori nell'immobile, giacché tali conferimenti hanno la stessa causa della donazione indiretta. Tuttavia, dopo la separazione personale dei coniugi, analoga finalità non può automaticamente attribuirsi ai pagamenti fatti dal marito o alle spese sostenute per l'immobile in comproprietà, poiché in tale ultimo caso non può ritenersi più sussistente la finalità di liberalità, e tali spese dovranno considerarsi sostenute da uno dei comproprietari in regime di comunione, con l'applicazione delle regole ordinarie ad essa relative. Conseguentemente, il coniuge comproprietario potrà ripetere il 50% delle spese che ha sostenuto per la conservazione ed il miglioramento della cosa comune, purché abbia avvisato preliminarmente l'altro comproprietario e purché questi, a fronte di un intervento necessario, sia rimasto inerte[36].

Nella stessa decisione la Cassazione ha chiarito che al credito vantato da un coniuge separato nei confronti dell'altro per la restituzione di somme pagate per spese relative ad un immobile in comproprietà con l'altro coniuge, non si applica la sospensione della prescrizione ex art. 2941, n. 1, cod. civ., dovendo prevalere sul criterio ermeneutico letterale un'interpretazione conforme alla *ratio legis*, da individuarsi, tenuto conto dell'evoluzione della normativa e della coscienza sociale e, quindi, della valorizzazione delle posizioni individuali dei membri della famiglia rispetto alla conservazione dell'unità familiare e della tendenziale equiparazione del regime di prescrizione dei diritti post-matrimoniali e delle azioni esercitate tra coniugi separati. Nel regime di separazione, infatti, non può ritenersi sussistente la riluttanza a convenire in giudizio il coniuge, collegata al timore di turbare l'armonia familiare, poiché è già subentrata una crisi conclamata e sono già state esperite le relative azioni giudiziarie, con la conseguente cessazione della convivenza[37].

Vigendo il regime patrimoniale della comunione legale tra i coniugi, ha deciso la Corte di legittimità, l'atto di straordinaria amministrazione costi-

---

[35] Cass. Sez. II, ord. 31.8.2018, n. 21503, est. Criscuolo, Ced Cass. *Rv*. 650316-01.

[36] Cass. Sez. III, ord. 14.10.2018, n. 24160, est. Rubino, Ced Cass. *Rv*. 651128-01.

[37] Cass. Sez. III, ord. 14.10.2018, n. 24160, est. Rubino, Ced Cass. *Rv*. 651128-02.

tuito dal conferimento ex art. 2253 cod. civ. di un bene immobile in società personale, posto in essere da un coniuge senza la partecipazione o il consenso dell'altro, è soggetto alla disciplina dell'art. 184, comma primo, cod. civ. e non è pertanto inefficace nei confronti della comunione, ma solamente esposto all'azione di annullamento da parte del coniuge non consenziente nel breve termine prescrizionale entro cui è ristretto l'esercizio di tale azione, decorrente dalla conoscenza effettiva dell'atto ovvero, in via sussidiaria, dalla trascrizione o dallo scioglimento della comunione; ne consegue che, finché l'azione di annullamento non venga proposta, l'atto è produttivo di effetti nei confronti dei terzi. Nel caso in esame, la Suprema Corte ha riconosciuto la persistente efficacia dell'atto di conferimento del locale commerciale conteso, compiuto dal coniuge in favore di una società in nome collettivo, all'atto della sua regolarizzazione, senza la partecipazione della moglie, poiché quest'ultima non aveva esercitato l'azione di annullamento nel termine quinquennale di prescrizione di cui all'art. 184 cod. civ., decorrente dal decesso del coniuge e dal conseguente scioglimento della comunione legale[38].

Il principio generale dell'accessione posto dall'art. 934 cod. civ., in base al quale il proprietario del suolo acquista *ipso iure*, al momento dell'incorporazione, la proprietà della costruzione su di esso edificata e la cui operatività può essere esclusa soltanto da una specifica pattuizione tra le parti o da una altrettanto specifica disposizione di legge, non trova deroga nella disciplina della comunione legale tra coniugi, ha statuito il Giudice di legittimità, poiché l'acquisto della proprietà per accessione avviene a titolo originario, senza la necessità di un'apposita manifestazione di volontà, mentre gli acquisti ai quali è applicabile l'art. 177, comma primo, cod. civ. hanno carattere derivativo, essendone espressamente prevista una genesi di natura negoziale. Ne consegue che la costruzione realizzata in costanza di matrimonio ed in regime di comunione legale da entrambi i coniugi sul terreno di proprietà personale esclusiva di uno di essi è a sua volta proprietà personale ed esclusiva di quest'ultimo in virtù dei principi generali in materia di accessione, spettando al coniuge non proprietario che abbia contribuito all'onere della costruzione il diritto di ripetere nei confronti dell'altro le somme spese, ai sensi dell'art. 2033 cod. civ.[39].

L'usufrutto acquistato da entrambi i coniugi permane, nella sua interezza e senza quota, nella comunione legale fra loro esistente fino allo scioglimento

---

[38] Cass. Sez. II, sent. 15.10.2018, n. 25754, est. Abete, Ced Cass. *Rv*. 650834-01.

[39] Cass. Sez. II, ord. 29.10.2018, n. 27412, est. Carrato, Ced Cass. *Rv*. 651027-01.

della stessa, allorquando cade in comunione ordinaria fra i medesimi coniugi, che divengono contitolari di tale diritto, ciascuno per la propria quota, fino alla sua naturale estinzione. Tuttavia, ove la cessazione della comunione legale avvenga per effetto del decesso di uno dei coniugi, la quota di usufrutto spettante a quest'ultimo si estingue, non potendo avere durata superiore alla vita del suo titolare, salvo che il titolo non abbia previsto il suo accrescimento in favore del coniuge più longevo[40].

5. Il mantenimento dei figli

Di sicura rilevanza sono risultate le pronunce della Cassazione in materia di mantenimento dei figli nell'anno 2018. La Suprema Corte ha avuto modo di confermare, ad esempio, la propria giurisprudenza secondo cui *non è necessario il previo concerto dei genitori separati in materia di spese straordinarie per il figlio*, quando non si tratti di esborsi che si collegano alle decisioni di "maggior interesse" per il figlio stesso, perché solo in questo caso può chiedersi al giudice di valutare la vicenda. Il giudice di legittimità ha poi chiarito che le somme corrisposte a titolo di assegno di mantenimento per la prole non sono suscettibili di compensazione o ripetizione, perché hanno natura "sostanzialmente alimentare". La delicatezza dell'istituto del mantenimento del minore induce ad auspicare che la Corte di legittimità abbia presto occasione di meglio definire il concetto espresso, chiarendo anche se la funzione dell'assegno di mantenimento in favore dei figli sia soltanto (e non "sostanzialmente") assistenziale, oppure se al contributo economico possa riconoscersi una pluralità di funzioni, sulla falsariga di quanto deciso dalle Sezioni Unite in materia di assegno per il mantenimento dell'ex coniuge, approfondendo anche le conseguenze dell'opzione prescelta.

La Suprema Corte ha spiegato, in tema di responsabilità del medico per erronea diagnosi concernente il feto e conseguente nascita indesiderata, che il risarcimento dei danni, i quali costituiscono conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento della struttura sanitaria all'obbligazione di natura contrattuale gravante sulla stessa, spetta non solo alla madre, ma anche al padre, atteso il complesso di diritti e doveri che, secondo l'ordinamento, si incentrano sulla procreazione cosciente e responsabile, considerando che, agli effetti negativi della condotta del medico ed alla responsabilità della struttura

[40] Cass. Sez. II, sent. 28.12.2018, n. 33546, est. Dongiacomo, Ced Cass. *Rv*. 651983-01.

ove egli opera non può ritenersi estraneo il padre che deve, perciò, considerarsi tra i soggetti "protetti" e, quindi, tra coloro rispetto ai quali la prestazione mancata o inesatta è qualificabile come inadempimento, con il correlato diritto al risarcimento dei conseguenti danni, immediati e diretti, fra cui deve ricomprendersi il pregiudizio patrimoniale derivante dai doveri di mantenimento dei genitori nei confronti dei figli. Nella specie, era stato eseguito in maniera erronea un intervento di raschiamento uterino in seguito ad una non corretta diagnosi di aborto interno, accertata dopo la ventunesima settimana e, quindi, oltre il termine previsto dalla l. n. 194 del 22 maggio 1978, con la conseguenza che la gravidanza era proseguita e si era conclusa con la nascita indesiderata di una bambina[41].

A seguito della separazione personale dei coniugi, ha chiarito la Cassazione, nel quantificare l'ammontare del contributo dovuto dal genitore non collocatario per il mantenimento del figlio minore, deve osservarsi il principio di proporzionalità, che richiede una valutazione comparata dei redditi di entrambi i genitori, oltre alla considerazione delle esigenze attuali del figlio e del tenore di vita da lui goduto. Nella specie, la Suprema Corte ha cassato la decisione della Corte d'Appello per non aver effettuato un'adeguata indagine circa le risorse patrimoniali e reddituali di ciascuno dei genitori, ed avere pure espressamente trascurato la maggiore capacità patrimoniale del padre, comunque accertata nel caso concreto[42].

La dichiarazione di cessazione dell'obbligo di mantenimento dei figli maggiorenni non autosufficienti, ha confermato il giudice di legittimità, deve trovare fondamento in un accertamento di fatto che abbia riguardo all'età, all'effettivo conseguimento di un livello di competenza professionale e tecnica, all'impegno rivolto verso la ricerca di un'occupazione lavorativa nonché, in particolare, alla complessiva condotta personale tenuta, dal raggiungimento della maggiore età, da parte dell'avente diritto[43].

---

[41] Cass. Sez. III, ord. 5.2.2018, n. 2675, est. Di Florio, Ced Cass. *Rv*. 647937-01, edita in *Corr. giur*., 7/2018, p. 921, con nota di Carbone V., *Nascita indesiderata: anche il padre ha diritto al risarcimento dei danni*.

[42] Cass. Sez. VI-I, ord. 1.3.2018, n. 4811, est. Nazzicone, Ced Cass. *Rv*. 647894-01, edita ne *Il familiarista*, *on line* 11.7.2018, con nota di Oliva A., *Quantificazione del mantenimento per i figli e principio di proporzionalità alle risorse di ciascun* genitore, ed in *Diritto & Giustizia*, 39/2018, *on line* 2.3.2018, con nota di Di Lallo A., *Esigenze dei figli e capacità lavorativa ed economica dei genitori per la quantificazione del mantenimento dei figli*.

[43] Cass. Sez. VI-I, ord. 5.3.2018, n. 5088, est. Acierno, Ced Cass. *Rv*. 648569-01.

In caso di morte del pensionato, ha spiegato il Giudice di legittimità, il figlio superstite ha diritto alla pensione di reversibilità, ove maggiorenne, qualora fosse stato riconosciuto inabile al lavoro e si trovasse "a carico" del genitore al momento del decesso di questi, laddove il requisito della "vivenza a carico", se non si identifica indissolubilmente con lo stato di convivenza né con una situazione di totale soggezione finanziaria del soggetto inabile, va considerato con particolare rigore, essendo necessario dimostrare che il genitore provvedeva, in via continuativa e in misura quanto meno prevalente, al mantenimento del figlio inabile; tale accertamento di fatto è rimesso al giudice di merito e, pertanto, incensurabile in sede di legittimità se adeguatamente motivato. Nel caso di specie, la Cassazione ha confermato la sentenza di merito che aveva ritenuto non provato il requisito della vivenza a carico del defunto padre di una figlia, e riconosciuto la pensione di reversibilità solo alla vedova[44].

La Suprema Corte ha poi statuito che il carattere sostanzialmente alimentare dell'assegno di mantenimento a beneficio dei figli, in regime di separazione, comporta la non operatività della compensazione del suo importo con altri crediti. Nel caso in esame, il Giudice di legittimità ha confermato la sentenza impugnata che aveva escluso la compensazione tra credito per spese di lite e credito derivante dal mancato pagamento di ratei dell'assegno di mantenimento cumulativamente dovuto per l'ex moglie e le figlie[45].

L'obbligo di mantenimento dei figli minori ex art. 148 cod. civ. spetta primariamente e integralmente ai loro genitori, ha confermato la Corte di legittimità sicché, se uno dei due non possa o non voglia adempiere al proprio dovere, l'altro, nel preminente interesse dei figli, deve far fronte per intero alle loro esigenze con tutte le sue sostanze patrimoniali e sfruttando tutta la propria capacità di lavoro, salva la possibilità di convenire in giudizio l'inadempiente per ottenere un contributo proporzionale alle condizioni economiche globali di costui. Pertanto, l'obbligo degli ascendenti di fornire ai genitori i mezzi necessari affinché possano adempiere i loro doveri nei confronti dei figli – che investe contemporaneamente tutti gli ascendenti di pari grado di entrambi i genitori – va inteso non solo nel senso che l'obbligazione degli ascendenti è subordinata e, quindi, sussidiaria rispetto a quella, primaria, dei genitori, ma

---

[44] Cass. Sez. L, ord. 13.4.2018, n. 9237, est. Mancino, Ced Cass. *Rv*. 648627-01.

[45] Cass. Sez. VI-III, ord. 14.5.2018, n. 11689, est. Rubino, Ced Cass. *Rv*. 648702-01, edita in *Fam. dir*., 5/2019, p. 482, con nota di Ponzù D.F., *L'assegno di mantenimento a beneficio dei figli non è compensabile*.

anche nel senso che agli ascendenti non ci si possa rivolgere per un aiuto economico per il solo fatto che uno dei due genitori non dia il proprio contributo al mantenimento dei figli, se l'altro genitore è in grado di mantenerli; così come il diritto agli alimenti ex art. 433 cod. civ., legato alla prova dello stato di bisogno e dell'impossibilità di reperire attività lavorativa, sorge solo qualora i genitori non siano in grado di adempiere al loro diretto e personale obbligo[46].

In tema di rimborso delle spese straordinarie sostenute nell'interesse dei figli minori, ha deciso la Cassazione, il genitore collocatario non è tenuto a concordare preventivamente e ad informare l'altro genitore di tutte le scelte dalle quali derivino tali esborsi, poiché l'art. 155, comma terzo, cod. civ. (oggi art. 337-ter cod. civ.) consente a ciascuno dei coniugi di intervenire nelle determinazioni concernenti i figli soltanto in relazione "alle decisioni di maggiore interesse", mentre, al di fuori di tali casi, il genitore non collocatario è tenuto al rimborso delle spese straordinarie, salvo che non abbia tempestivamente addotto validi motivi di dissenso[47].

La transazione con la quale la madre abbia rinunciato al credito per il rimborso, da parte del padre, delle spese anticipate per il mantenimento del figlio minore con lei convivente, con riferimento al periodo precedente la proposizione del ricorso, non è affetta da nullità, trattandosi di un credito entrato a far parte del suo patrimonio e, dunque, non (più) qualificabile come indisponibile[48].

L'obbligo di mantenere il figlio non cessa automaticamente con il raggiungimento della maggiore età, ma si protrae, qualora questi, senza sua colpa, divenuto maggiorenne, sia tuttavia ancora dipendente dai genitori. In tale ipotesi, il coniuge separato o divorziato, già affidatario è legittimato, *iure proprio* (ed in via concorrente con la diversa legittimazione del figlio, che trova fondamento nella titolarità, in capo a quest'ultimo, del diritto al mantenimento), ad ottenere dall'altro coniuge un contributo per il mantenimento del figlio maggiorenne. Pertanto, non potendosi ravvisare nel caso in esame una ipotesi di solidarietà attiva (che, a differenza di quella passiva, non si presume), in

---

[46] Cass. Sez. VI-I, ord. 2.5.2018, n. 10419, est. De Chiara, Ced Cass. *Rv*. 648281-01, edita in *Dir. fam*., 2018, p. 1264, con annotazione redazionale.

[47] Cass. Sez. VI-I, ord. 12.6.2018, n. 15240, est. Mercolino, Ced Cass. *Rv*. 649330-01.

[48] Cass. Sez. I, ord. 26.6.2018, n. 16860, est. Caiazzo, Ced Cass. *Rv*. 649785-01, edita ne *Il processo civile*, *on line*, 30.10.2018, con nota di Costabile C., *Non è nulla la transazione sul credito per il rimborso di somme anticipate per il mantenimento del figlio minore*.

assenza di un titolo, come di una disposizione normativa che lo consentano, la eventuale rinuncia del figlio al mantenimento, anche a prescindere dalla sua invalidità, dovuta alla indisponibilità del relativo diritto, che può essere disconosciuto solo in sede di procedura ex art. 710 cod. proc. civ., non potrebbe in nessun caso spiegare effetto sulla posizione giuridico – soggettiva del genitore già affidatario quale autonomo destinatario dell'assegno[49].

6. Il destino della casa familiare nello scioglimento della coppia

Le pronunce della Suprema Corte in materia di assegnazione della casa familiare, negli ultimi anni, sono altrettanto numerose quanto le sentenze che affrontano i problemi del mantenimento dei figli. Le questioni più complesse in materia, si è confermato nell'anno 2018, sembrano essere rappresentate dalla necessità di assicurare un'adeguata tutela sia alle esigenze dei figli, in considerazione delle quali la casa è stata assegnata al genitore loro collocatario in occasione della separazione dei genitori, sia ai diritti acquisiti da terzi sull'immobile. La lettura delle massime dell'anno consente di evidenziare che ancora si registra qualche incertezza in ordine ad un principio che pareva consolidato, quello secondo cui il provvedimento di assegnazione della casa familiare è opponibile, nei limiti del novennio, al terzo acquirente dell'immobile, anche se non trascritto affatto. Se definitivamente riaffermato, peraltro, questo principio dovrebbe anche coordinarsi con l'orientamento espresso dalla Corte di legittimità che pare in contrasto, secondo cui, in materia di assegnazione della casa familiare, l'art. 155-quater cod. civ. (applicabile *ratione temporis*), laddove prevede che "il provvedimento di assegnazione e quello di revoca sono trascrivibili e opponibili a terzi ai sensi dell'art. 2643" cod. civ., andrebbe interpretato nel senso che entrambi non hanno effetto riguardo al creditore ipotecario che abbia acquistato il suo diritto sull'immobile in base ad un atto iscritto anteriormente alla trascrizione del provvedimento di assegnazione, il quale perciò può far vendere coattivamente l'immobile come libero[50].

Il provvedimento giudiziale di assegnazione della casa familiare al coniuge affidatario della prole, immediatamente trascritto, sia in ipotesi di separazione dei coniugi che di divorzio, ha statuito la Suprema Corte, è opponibile al terzo successivo acquirente del bene, atteggiandosi a vincolo di destinazione, estra-

---

[49] Cass. Sez. I, ord. 14.12.2018, n. 32529, est. Tricomi, Ced Cass. *Rv*. 651936-01.

[50] Cass. Sez. III, sent. 20.4.2016, n. 7776, est. Barreca, Ced Cass. *Rv*. 639499-01.

neo alla categoria degli obblighi di mantenimento e collegato all'interesse superiore dei figli a conservare il proprio "habitat" domestico. Ne deriva che il diritto di abitazione non può ritenersi venuto meno per effetto della morte del coniuge, trattandosi di diritto di godimento "sui generis", suscettibile di estinguersi soltanto per il venir meno dei presupposti che hanno giustificato il relativo provvedimento o a seguito dell'accertamento delle circostanze di cui all'art. 337-sexies cod. civ., legittimanti una sua revoca giudiziale. Nella specie, il Giudice di legittimità ha confermato la pronuncia di merito, che aveva rigettato la domanda di rilascio della casa familiare, avanzata nei confronti del coniuge assegnatario da un terzo, il quale, avendo acquistato l'intero immobile dopo il provvedimento di assegnazione, sosteneva il travolgimento di quest'ultimo in virtù del sopravvenuto decesso dell'altro coniuge, suo dante causa[51].

La Cassazione ha deciso che il provvedimento di assegnazione della casa familiare al coniuge (o al convivente) affidatario di figli minori (o maggiorenni non autosufficienti senza loro colpa) è opponibile – nei limiti del novennio, ove non trascritto, o anche oltre il novennio, ove trascritto – anche al terzo acquirente dell'immobile solo finché perduri l'efficacia della pronuncia giudiziale, sicché l'insussistenza del diritto personale di godimento sul bene – di regola, perché la prole sia stata *ab origine*, o successivamente divenuta, maggiorenne ed economicamente autosufficiente o versi in colpa per il mancato raggiungimento dell'indipendenza economica – legittima il terzo acquirente a proporre un'ordinaria azione di accertamento al fine di conseguire la declaratoria di inefficacia del titolo e la condanna dell'occupante al pagamento di una indennità di occupazione illegittima[52].

Il provvedimento di assegnazione della casa coniugale in sede di divorzio, come desumibile dall'art. 6, comma 6, della legge n. 898 del 1970 – analogamente a quanto previsto, in materia di separazione, dagli artt. 155 e, poi,

---

[51] Cass. Sez. I, ord. 15.1.2018, n. 772, est. Iofrida, Ced Cass. *Rv*. 647226-01, edita in *Dir. fam*., 2018, p. 458 e p. 846, con annotazioni redazionali, ne *Il familiarista*, *on line* 23.5.2018, con nota di Russo G., *Effetti della morte dell'ex marito sul diritto di abitazione nella casa familiare della moglie assegnataria*, ed in *Diritto & Giustizia*, 10/2018, *on line* 16.1.2018, con nota di Mascia K., *Il diritto di abitazione nella casa familiare non viene meno per la morte dell'ex coniuge dell'assegnatario nonché affidatario della prole*.

[52] Cass. Sez. II, sent. 24.1.2018, n. 1744, est. Sabato, Ced Cass. *Rv*. 647785-01, in *Giustizia civile*, *on line* 20.4.2018, con nota di Avena G., *L'opponibilità dell'acquisto del terzo acquirente della casa coniugale al coniuge assegnatario*, ed in *Diritto & Giustizia*, 15/2018, on line 15.1.2018, con nota di Tantalo L., *Separazione dei coniugi, assegnazione della casa familiare e iniziativa processuale del terzo acquirente*.

155-quater cod. civ., introdotto dalla legge n. 54 del 2006, ed ora 337 – sexies cod. civ., introdotto dall'art. 55 del d.lgs. n. 154 del 2013 – , ha confermato la Corte di legittimità, è subordinato alla presenza di figli, minori o maggiorenni non economicamente autosufficienti, conviventi con i genitori: tale *ratio* protettiva, che tutela l'interesse dei figli a permanere nell'ambito domestico in cui sono cresciuti, non è configurabile in presenza di figli economicamente autosufficienti, sebbene ancora conviventi, verso cui non sussiste alcuna esigenza di speciale protezione[53].

L'alloggio assegnato in concessione, a titolo oneroso, ad un impiegato civile dello Stato, a norma dell'art. 3 della l. n. 329 del 1949, ha spiegato il Giudice di legittimità, è qualificabile come "casa familiare", in quanto viene ceduto, ancorché in correlazione con le prestazioni lavorative, al fine di soddisfare le esigenze abitative del dipendente pubblico e dei componenti della sua famiglia. Detto alloggio, pertanto, in caso di separazione personale, può essere attribuito, anziché al concessionario, all'altro coniuge affidatario della prole, ai sensi dell'art. 155, comma quarto, cod. civ., *ratione temporis* applicabile; su quest'ultimo graveranno, in caso di cessazione del rapporto concessorio, gli obblighi inerenti all'occupante, quali quello di pagamento del corrispettivo convenuto per l'utilizzo dell'alloggio, salvo il maggior danno, ai sensi dell'art. 1591 cod. civ.[54].

La casa familiare deve essere assegnata tenendo prioritariamente conto dell'interesse dei figli minorenni e dei figli maggiorenni non autosufficienti a permanere nell'ambiente domestico in cui sono cresciuti, per garantire il mantenimento delle loro consuetudini di vita e delle relazioni sociali che in tale ambiente si sono radicate, ha ribadito la Suprema Corte, sicché è estranea a tale decisione ogni valutazione relativa alla ponderazione tra interessi di natura solo economica dei coniugi o dei figli, ove in tali valutazioni non entrino in gioco le esigenze della prole di rimanere nel quotidiano ambiente domestico, e ciò sia ai sensi del previgente articolo 155-quater cod. civ., che dell'attuale art. 337-sexies cod. civ.[55].

---

[53] Cass. Sez. VI-I, ord. 7.2.2018, n. 3015, est. Lamorgese, Ced Cass. *Rv*. 647338-01.

[54] Cass. Sez. I, ord. 8.3.2018, n. 5575, est. Sambito, Ced Cass. *Rv*. 647751-01.

[55] Cass. Sez. I, ord. 12.10.2018, n. 25604, est. Iofrida, Ced Cass. *Rv*. 650826-01.

7. Il riconoscimento dello status *di figlio*

Diverse le pronunce della Suprema Corte, anche nell'anno 2018, in materia di giudizi aventi ad oggetto il riconoscimento dello *status* di figlio. Merita di essere segnalato che la Cassazione ha respinto come manifestamente infondate le censure proposte per affermare l'incostituzionalità dell'attribuzione di un valore determinante, nell'accertamento della filiazione, al rifiuto del supposto genitore di sottoporsi agli esami del DNA.

Nella disciplina del ricongiungimento familiare, la documentazione ufficiale dello *status filiationis* proveniente dalle competenti autorità del Paese di nascita dell'interessato non è assistita da fede privilegiata, ex art. 2700 cod. civ., ha chiarito il Giudice di legittimità, ma ha un valore probatorio che deve essere oggetto di accertamento giudiziale unitamente alle altre prove che, secondo le regole generali, le parti hanno diritto di produrre in giudizio[56].

La prima sezione della Suprema Corte ha rimesso al Primo Presidente, per la eventuale assegnazione alle Sezioni Unite, la questione della possibilità di riconoscere gli effetti civili in Italia all'atto dello Stato civile redatto dall'Autorità dell'anagrafe di un Paese straniero (Canada), che riconosca la paternità di un bambino, nato a seguito di maternità surrogata, in favore di entrambi i componenti, coniugati all'estero, di una coppia omosessuale maschile, di cui solo uno avente legame biologico con il nato[57].

---

[56] Cass. Sez. VI-I, ord. 22.2.2018, n. 4379, est. De Chiara, Ced Cass. *Rv*. 647653-01.

[57] Cass. Sez. I, ord. 22.2.2018, n. 4382, est. Genovese (non massimata). La questione è stata effettivamente rimessa alle Sezioni Unite, che hanno deciso con Cass. SS.UU., sent. 8.5.2019, n. 12193, est. Mercolino, edita in *Fam. dir*., 7/2019, p. 653, con note di Dogliotti M., *Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri*, e di Ferrando G., *Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento*, ed in *Nuova giur. civ. comm*., 4/2019, p. 737, con nota di Salanitro E., *Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità*, affermando, tra l'altro, che "il riconoscimento dell'efficacia di un provvedimento giurisdizionale straniero, con il quale sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante il ricorso alla maternità surrogata e il genitore d'intenzione munito della cittadinanza italiana, trova ostacolo nel divieto di surrogazione di maternità, previsto dall'art. 12, comma 6, della l. n. 40 del 2004, qualificabile come principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità della gestante e l'istituto dell'adozione; la tutela di tali valori, non irragionevolmente ritenuti prevalenti sull'interesse del minore, nell'ambito di un bilanciamento effettuato direttamente dal legislatore, al quale il giudice non può sostituire la propria valutazione, non esclude peraltro la possibilità di conferire comunque rilievo al rapporto genitoriale, mediante il ricorso ad altri strumenti giuridici, quali l'adozione in casi particolari, prevista dall'art. 44, comma 1, lett. d), della l. n. 184 del 1983, Ced Cass. *Rv*. 653931-04. La decisione delle Sezioni Unite è stata preceduta dalla redazione di specifica relazione da parte dell'Ufficio del Massimario, Ced Cass. *Rel*. n. 57 del 2018, redatta da Armone G.

Ai sensi del combinato disposto degli artt. 2 e 23, della legge n. 91 del 1992, il riconoscimento o la dichiarazione giudiziale della filiazione durante la minore età del figlio ne determina l'acquisto della cittadinanza, ha chiarito la Suprema Corte, mentre se tali evenienze si verificano quando il figlio è maggiorenne questi conserva il proprio stato di cittadinanza ma può dichiarare, entro un anno dal riconoscimento o dalla dichiarazione giudiziale della filiazione, ovvero dalla dichiarazione di efficacia del provvedimento straniero, di eleggere la cittadinanza determinata dalla filiazione. Tale dichiarazione di elezione può essere resa sia in Italia presso il Comune di residenza, sia all'estero presso il consolato italiano territorialmente competente[58].

In relazione all'art. 269 cod. civ., che attribuisce la paternità, in relazione a figlio nato fuori dal matrimonio, in base al mero dato biologico, senza alcun riguardo alla volontà contraria alla procreazione del presunto padre, la Cassazione ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata in riferimento all'art. 3 Cost., in ragione della disparità di trattamento che ne risulterebbe in danno dell'uomo rispetto alla donna, alla quale la legge n. 194 del 1978 attribuisce la responsabilità esclusiva di interrompere la gravidanza ove ne ricorrano le condizioni giustificative, e ciò in quanto le situazioni poste a confronto non sono comparabili, non potendo l'interesse della donna alla interruzione della gravidanza essere assimilato all'interesse di chi, rispetto alla avvenuta nascita del figlio fuori del matrimonio, pretenda di sottrarsi, negando la propria volontà diretta alla procreazione, alla responsabilità di genitore, in contrasto con la tutela che la Costituzione, all'art. 30, riconosce senza limiti ai figli, anche se nati fuori dal matrimonio[59].

8. Responsabilità genitoriale

La rimozione di uno o di entrambi i genitori dall'amministrazione del patrimonio del figlio minore, ai sensi dell'art. 334 cod. civ., in conseguenza di *mala gestio*, ha evidenziato la Cassazione, presuppone la realizzazione di condotte concretamente pregiudizievoli per il minore o tali da rendere serio e concreto il rischio patrimoniale secondo una valutazione improntata a criteri di oggettività, non essendo sufficienti situazioni di pericolo meramente po-

[58] Cass. Sez. I, ord. 31.10.2018, n. 27925, est. Bisogni, Ced Cass. *Rv*. 651124-01, edita ne *Il familiarista*, *on line* 1.2.2019, con nota di Figone A., *Riconoscimento del figlio maggiorenne e cittadinanza italiana*.

[59] Cass. Sez. I, ord. 13.12.2018, n. 32308, est. Caiazzo, Ced Cass. *Rv*. 651931-01.

tenziale o fondate su convinzioni o interessi soggettivi di colui che reclami l'intervento del giudice[60].

Alla luce dei principi desumibili dall'art. 8 CEDU, dall'art. 24, comma 2, della Carta di Nizza e dagli artt. 2 e 30 Cost., il diritto degli ascendenti, azionabile anche in giudizio, di instaurare e mantenere rapporti significativi con i nipoti minorenni, previsto dall'art. 317-bis cod. civ., cui corrisponde lo speculare diritto del minore di crescere in famiglia e di mantenere rapporti significativi con i parenti, ai sensi dell'art. 315-bis cod. civ., non deve essere riconosciuto ai soli soggetti legati al minore da un rapporto di parentela in linea retta ascendente, ha chiarito il Giudice di legittimità, ma anche ad ogni altra persona che affianchi il nonno biologico del minore, sia esso il coniuge o il convivente di fatto, e che si sia dimostrato idoneo ad instaurare con il minore medesimo una relazione affettiva stabile, dalla quale quest'ultimo possa trarre un beneficio sul piano della sua formazione e del suo equilibrio psico-fisico[61].

Il diritto degli ascendenti a mantenere rapporti significativi con i nipoti minorenni, previsto dall'art. 317-bis cod. civ., coerentemente con l'interpretazione dell'articolo 8 Cedu fornita dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, ha chiarito la Corte di legittimità, non ha un carattere incondizionato, ma il suo esercizio è subordinato ad una valutazione del giudice avente di mira "l'esclusivo interesse del minore". La sussistenza di tale interesse – nel caso in cui i genitori dei minori contestino il diritto dei nonni a mantenere tali rapporti – è configurabile quando il coinvolgimento degli ascendenti si sostanzi in una fruttuosa cooperazione con i genitori per l'adempimento dei loro obblighi educativi, in modo tale da contribuire alla realizzazione di un progetto educativo e formativo volto ad assicurare un sano ed equilibrato sviluppo della personalità del minore[62].

In conseguenza di un parto anonimo, il diritto della madre biologica di effettuare il riconoscimento del figlio, a carattere indisponibile, non è precluso,

---

[60] Cass. Sez. VI-I, ord. 13.7.2018, n. 18777, est. Marulli, Ced Cass. *Rv*. 649526-01.

[61] Cass. Sez. I, ord. 25.7.2018, n. 19780, est. Valitutti, Ced Cass. *Rv*. 649955-02, edita in *Guida dir*., 35-36/2018, p. 36, con nota di Finocchiaro M., *Gli atti* "de potestate" *acquisiscono valenza di giudicato*, ed in *Fam. dir*., 4/2019, p. 378, con nota di Cappuccio S., *La rilevanza del rapporto affettivo con il nonno sociale: la lettura evolutiva dell'art. 317 bis c.c*., in *Foro it*., 2018, I, p. 3351, con annotazione redazionale relativa a più decisioni in materia di provvedimenti *de potestate* di Casaburi G., e ne *Il familiarista*, *on line* 12.11.2018, con nota di Russo R., *Nonni e nipoti: tutelata anche la relazione familiare di fatto se è benefica per il minore*.

[62] Cass. Sez. VI-I, ord. 12.6.2018, n. 15238, est. Mercolino, Ced Cass. *Rv*. 649149-01.

ai sensi dell'art. 11, ult. comma, l. n. 184 del 1983, dalla sopravvenuta declaratoria di adottabilità del minore, a meno che alla stessa non sia seguito l'affidamento preadottivo del minore; pertanto, in conseguenza della dichiarazione di adottabilità non viene meno il diritto della madre biologica a richiedere la concessione di un termine per procedere al riconoscimento del minore. Nel caso di specie la Suprema Corte, nel ritenere che il contegno assunto dalla madre biologica, la quale al momento del parto aveva dichiarato di non voler essere nominata, non fosse condizione sufficiente ai fini della declaratoria dello stato di adottabilità, ha cassato la sentenza impugnata e rinviato alla Corte d'Appello, la quale aveva erroneamente affermato che, in conseguenza della dichiarazione di adottabilità, fosse venuto meno l'interesse della madre biologica ad impugnare la decisione di primo grado che le aveva negato la concessione del termine per provvedere al riconoscimento del figlio[63].

9. Lo stato di abbandono del minore ed i procedimenti adottivi

In tema di dichiarazione dello stato di adottabilità, ha statuito il Giudice di legittimità, lo stato detentivo di lunga durata dei genitori costituisce una causa di forza maggiore non transitoria che oggettivamente impedisce un adeguato svolgimento delle funzioni genitoriali, incidendo negativamente sul diritto del bambino di vivere in un contesto unito e sereno negli anni più delicati della sua crescita[64].

In tema di adozione di minori d'età, sussiste la situazione d'abbandono non solo nei casi di rifiuto intenzionale dell'adempimento dei doveri genitoriali, ma anche qualora la situazione familiare sia tale da compromettere in modo grave e irreversibile un armonico sviluppo psico-fisico del bambino, considerato in concreto, ossia in relazione al suo vissuto, alle sue caratteristiche fisiche e psicologiche, alla sua età, al suo grado di sviluppo e alle sue potenzialità; ne consegue l'irrilevanza della mera espressione di volontà dei genitori di accudire il minore in assenza di concreti riscontri. Nel caso di specie la Suprema Corte, confermando la sentenza di appello, ha ritenuto la persistenza di una

---

[63] Cass. Sez. I, sent. 3.12.2018, n. 31196, est. Pazzi, Ced Cass. *Rv*. 651926-01.

[64] Cass. Sez. I, sent. 19.1.2018, n. 1431, est. Lamorgese, Ced Cass. *Rv*. 646854-01, edita in *Foro it*., 2018, I, p. 804, con annotazione redazionale, e note, insieme a Cass. Sez. I, 14.2.2018, n. 3594 (non massimata per il Ced Cass.), di Casaburi G., *Molto rumore per nulla. Le tre volte in Cassazione di una pronuncia di adottabilità*, e di Bianca C.M., *Quando possiamo togliere legittimamente un bambino alla sua famiglia ?*

situazione di abbandono, a fronte di un impegno solo enunciato dai genitori di rimuovere le problematiche esistenziali e di mutare lo stile di vita[65].

Lo stato di abbandono dei minori non può essere escluso in conseguenza della disponibilità a prendersi cura di loro, manifestata da parenti entro il quarto grado, ha ribadito la Cassazione, quando non sussistano rapporti significativi pregressi tra loro ed i bambini, e neppure possano individuarsi potenzialità di recupero dei rapporti, non traumatiche per i minori, in tempi compatibili con lo sviluppo equilibrato della loro personalità[66].

10. Convivenza more uxorio *e famiglia di fatto*

In tema di assegnazione di alloggi di edilizia residenziale pubblica, il "convivente di fatto" – titolare, ai sensi dell'art. 12 della l.r. Liguria n. 10 del 2004, del diritto al subentro nell'ipotesi di decesso dell'originario assegnatario – è il solo convivente *more uxorio*, con esclusione del coabitante per ragioni di lavoro, di servizio o di ospitalità, atteso che la *ratio* delle disposizioni sul subentro nel godimento degli alloggi di edilizia residenziale pubblica è ispirata a principi di solidarietà familiare[67].

11. Le unioni civili

La Suprema Corte ha sancito che in tema di trascrizione di matrimonio, unione civile o altri istituti analoghi costituiti all'estero tra persone dello stesso sesso, le disposizione della legge n. 76 del 2016 e dei decreti di attuazione n. 5 e n. 7 del 2017 si applicano anche ai vincoli costituiti prima dell'entrata in vigore della predetta disciplina poiché, ai sensi dell'art. 1, comma 28, della l. n. 76 del 2016, tali norme sono state espressamente formulate per garantire un trattamento giuridico uniforme a situazioni identiche sorte in tempi diversi[68].

---

[65] Cass. Sez. I, sent. 20.2.2018, n. 4097, est. Lamorgese, Ced Cass. *Rv*. 647237-01.

[66] Cass. Sez. I, ord. 11.4.2018, n. 9021, est. Acierno, Ced Cass. Rv. 648885-01.

[67] Cass. Sez. III, ord. 8.6.2018, n. 14903, est. Di Florio, Ced Cass. *Rv*. 649053-01.

[68] Cass. Sez. I, sent. 14.5.2018, n. 11696, est. Acierno, Ced Cass. *Rv*. 648562-01, edita in *Nuova giur. civ. comm*., 10/2018, p. 1436, con nota di Caredda V., *Matrimonio "misto": efficacia e trascrivibilità*, ed in *Fam. dir*., 2/2019, p. 136, con nota di Serra M.L., *Sulla trascrizione del matrimonio omosessuale estero e diritti fondamentali della persona*. Prima dell'emanazione della legge n. 76 del 2016 la Cassazione aveva già affermato che il matrimonio omosessuale contratto all'estero non è nullo nell'ordinamento italiano, bensì inefficace, non mancando di evidenziare che le persone dello

La Cassazione ha quindi specificato, nell'ambito della medesima decisione, che il matrimonio tra persone dello stesso sesso contratto all'estero tra un cittadino italiano ed uno straniero, ai sensi dell'art. 32-bis della legge n. 218 del 1995, può essere trascritto nel nostro ordimento come unione civile, essendo trascrivibile come matrimonio solo quello contratto all'estero da due cittadini stranieri. Né tale previsione è discriminatoria per ragioni di orientamento sessuale ed in contrasto con gli artt. 2, 3, 29 e 117 Cost., in relazione agli artt. 8 e 14 della Cedu, poiché la scelta del modello di unione riconosciuta tra persone dello stesso sesso negli ordinamenti facenti parte del Consiglio d'Europa è rimessa al libero apprezzamento degli Stati membri, purché garantisca a tali unioni uno standard di tutele coerente con il diritto alla vita familiare ex art. 8 come interpretato dalla Corte Edu[69].

12. La protezione dei soggetti bisognosi

Nell'anno 2018 è proseguito lo sforzo della Cassazione volto alla ricerca delle migliori forme di protezione dei soggetti bisognosi, specie attraverso ulteriori contributi alla precisazione dei caratteri dell'istituto dell'amministrazione di sostegno. In tal senso appare di grande rilievo l'affermazione contenuta nell'ultima massima riportata, con la quale la Corte di legittimità ha definitivamente chiarito che l'amministrazione di sostegno può essere disposta anche per esclusivo fine di cura della persona, sebbene non vi sia alcun patrimonio che l'amministratore sia chiamato a gestire.

Un principio che sembra meritevole di segnalazione ha riguardato pure l'interdetto, riconosciuto dalla Suprema Corte legittimato, servendosi degli uffici del tutore, a promuovere il proprio giudizio di separazione personale dei coniugi, nonostante la lacunosa previsione di cui all'art. 4, comma 5, della legge divorzile.

---

stesso sesso conviventi in stabile relazione di fatto sono titolari del diritto alla "vita familiare" ex art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo; pertanto, nell'esercizio del diritto inviolabile di vivere liberamente la condizione di coppia, esse possono adire il giudice per rivendicare, in specifiche situazioni correlate ad altri diritti fondamentali, un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata, Cass. Sez. I, sent. 15.3.2012, n. 4184, est. Di Palma, Ced Cass. *Rv*. 621779-01, edita, tra l'altro, in *Fam. dir*., 7/2012, p. 678, con nota di Gattuso M., *Matrimonio "famiglia" e orientamento sessuale: la Cassazione recepisce la "doppia svolta" della Corte europea dei diritti dell'uomo*, ed in *Giur. cost*., 2012, p. 1498, con nota di Angelini F., *La Corte di Cassazione su unioni e matrimoni omosessuali: nell'inerzia del legislatore la realtà giuridica si apre alla realtà sociale*.

[69] Cass. Sez. I, sent. 14.5.2018, n. 11696, *cit*., Ced Cass. Rv. 648562-02, decisione pubblicata anche in *Foro it*., 2018, I, p. 1948, con annotazione redazionale relativa a più decisioni di Casaburi G., ed in *Dir. fam*., 2018, p. 1284, con nota di Cicero C. e Leuzzi A., *Riconoscimento di matrimonio omosessuale all'estero e sua "degradazione" in unione civile*.

Nella valutazione della situazione economica dei soggetti che richiedono prestazioni sociali agevolate, ha chiarito il giudice di legittimità, il dettato di cui all'art. 2, comma 6, del d.lgs. n. 109 del 1998 – il quale espressamente esclude modifiche alla disciplina relativa ai soggetti tenuti alla prestazione degli alimenti ai sensi dell'art. 433 cod. civ., o interpretazioni che attribuiscano agli enti erogatori le facoltà di cui all'art. 438, comma primo, cod. civ., nei confronti dei componenti del nucleo familiare – non consente di ritenere che la provvidenza richiesta (nella specie il pagamento di una quota della retta di ricovero di persona in amministrazione di sostegno) non operi se ci sono soggetti tenuti alla prestazione alimentare, atteso che la stessa disposizione si occupa della posizione dei familiari nei commi precedenti[70].

La generica, e peraltro del tutto soggettiva, valutazione di incapacità del soggetto di provvedere ai propri interessi, e la sua condizione di analfabetismo, ha deciso la Corte di legittimità, non giustificano l'adozione di nessuna misura limitatrice della sfera di autonomia della persona, neppure l'amministrazione di sostegno, che ha quali presupposti l'infermità o la menomazione fisica o psichica della persona, oggettivamente verificabili, che determinino l'impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere alla cura dei propri interessi[71].

La Corte di legittimità ha chiarito che i casi di sospensione della prescrizione sono tassativamente indicati dalla legge e sono insuscettibili di applicazione analogica e di interpretazione estensiva, in quanto il legislatore regola inderogabilmente le cause di sospensione, limitandole a quelle che consistono in veri e propri impedimenti di ordine giuridico, con esclusione degli impedimenti di mero fatto; ne consegue che la espressa previsione dell'interdizione per infermità di mente quale causa di sospensione impedisce l'estensione della medesima disciplina alla incapacità naturale[72].

La Cassazione ha quindi chiarito che il tutore può compiere in nome e per conto dell'interdetto anche un atto personalissimo (sempre che ne sia accertata la conformità alle esigenze di protezione), sicché la designazione di un

---

[70] Cass. Sez. III, ord. 8.2.2018, n. 3024, est. Frasca, Ced Cass. *Rv*. 647942-01.

[71] Cass. Sez. I, 2018, ord. 28.2.2019, n. 4709, est. De Marzo, Ced Cass. *Rv*. 647741-01, edita in *Foro it*., 2018, I, p. 1628, con annotazione redazionale, insieme a Cass. Sez. I, ord. 5.3.2018, n. 5123, di Casaburi G.

[72] Cass. sez. VI-L, ord. 8.5.2018, n. 11004, est. Ghinoy, Ced Cass. *Rv*. 648681-01, edita in *Foro it*., 2018, I, p. 3166, con annotazione redazionale, e nota di Ferrari V., *Quando il supporto del diritto civile alla previdenza sociale non si rivela virtuoso*.

curatore speciale è necessaria solo nel caso di conflitto di interessi tra il tutore ed il rappresentato, non evincendosi dal sistema una generale e tassativa preclusione al compimento di atti di straordinaria amministrazione da parte del rappresentante legale dell'incapace[73].

L'amministrazione di sostegno, può essere disposta anche nel caso in cui sussistano soltanto esigenze di cura della persona, senza la necessità di gestire un patrimonio, ha sancito la Corte di legittimità, poiché l'istituto non è finalizzato esclusivamente ad assicurare tutela agli interessi patrimoniali del beneficiario, ma è volto, più in generale, a garantire protezione alle persone fragili in relazione alle effettive esigenze di ciascuna, limitandone nella minor misura possibile la capacità di agire[74].

13. Il sepolcro gentilizio

Nella disciplina dell'istituto del sepolcro ereditario, ha chiarito la Cassazione, lo ius sepulchri si trasmette nei modi ordinari, per atto *inter vivos* o mortis causa, come qualsiasi altro diritto, dall'originario titolare anche a persone non facenti parte della famiglia, mentre in quello gentilizio o familiare – tale dovendosi presumere il sepolcro, in caso di dubbio – lo *ius sepulchri* è attribuito, in base alla volontà del testatore, in stretto riferimento alla cerchia dei familiari destinatari di esso, acquistandosi dal singolo *iure proprio* sin dalla nascita, per il solo fatto di trovarsi col fondatore nel rapporto previsto dall'atto di fondazione o dalle regole consuetudinarie, *iure sanguinis* e non *iure successionis*, e determinando una particolare forma di comunione fra contitolari, caratterizzata da intrasmissibilità del diritto, per atto tra vivi o *mortis causa*, imprescrittibilità e irrinunciabilità. Tale diritto di sepolcro si trasforma in ereditario con la morte dell'ultimo superstite della cerchia dei familiari designati dal fondatore, rimanendo soggetto, per l'ulteriore trasferimento, alle ordinarie regole della successione *mortis causa*. Nella specie, la Suprema Corte ha ritenuto che il diritto di sepolcro, contemplato nella scheda testamentaria, andasse

---

[73] Cass. Sez. I, sent. 6.6.2018, n. 14669, est. Cristiano, Ced Cass. *Rv*. 649122-02, edita ne *Il familiarista*, *on line* 22.10.2018, con nota di Rossi R., *La persona incapace può separarsi tramite il proprio rappresentante legale*.

[74] Cass. Sez. VI-I, ord. 26.7.2018, n. 19866, est. Sambito, Ced Cass. *Rv*. 650197-01, edita ne *Il familiarista*, *on line* 7.12.2018, con nota di Aceto S., *Si può aprire l'ads per la sola cura della persona e in assenza dell'audizione (diretta) del beneficiario?*, ed in *Diritto & Giustizia*, 133/2018, *on line* 27.7.2018, con nota di Di Lallo A., *Amministrazione di sostegno: una tutela non solo degli interessi patrimoniali*.

qualificato come gentilizio poiché il testatore aveva espresso la volontà che la tomba ospitasse l'intera famiglia dei cugini, se essi l'avessero voluto, sicché la ricorrente ne era divenuta titolare ancorché non erede[75].

14. Questioni in materia di matrimonio concordatario

Il perdurante rilievo delle problematiche del c.d. matrimonio concordatario, cioè il matrimonio canonico cui siano riconosciuti gli effetti civili, è rimasto confermato nell'anno 2018, in cui la Suprema Corte è stata chiamata a confrontarsi con istituti di rara applicazione, come la trascrizione tardiva del matrimonio canonico, che hanno però un grande rilievo sistematico. La Cassazione ha avuto anche occasione di statuire che il riconoscimento degli effetti civili alla sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale comporta la cessazione dell'efficacia delle statuizioni patrimoniali adottate nel corso del giudizio di separazione personale degli stessi coniugi, che pure fossero divenute definitive.

La Corte di legittimità ha chiarito che la conoscenza e la non opposizione alla richiesta di trascrizione tardiva del c.d. matrimonio concordatario proposta dall'altro coniuge, di cui all'art. 8, legge n. 121 del 1985, che ha reso esecutivo il c.d. nuovo Concordato tra lo Stato italiano e la Chiesa cattolica, devono essere accertate in riferimento al momento in cui la trascrizione è stata richiesta. Qualora la verifica risulti positiva, può precedersi alla trascrizione tardiva, non rilevando la successiva morte del coniuge che non si era opposto alla stessa, sebbene verificatasi prima che la trascrizione fosse eseguita[76].

La Cassazione ha quindi deciso che la pronuncia la quale rende esecutiva nello Stato la sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio concordatario tra le parti, successiva al passaggio in giudicato della sentenza di separazione, fa venir meno le statuizioni economiche relative al rapporto tra i coniugi in

---

[75] Cass. SS.UU., ord. 28.6.201, n. 17122, est. Manna, Ced Cass. *Rv*. 649495-01, edita in *Fam. dir*., 4/2019, p. 392, con nota di Boselli M., *La* vis expansiva *dell'*institutio ex re certa, *e il legato di usufrutto generale, in relazione allo* ius sepulchri.

[76] Cass. Sez. I, sent. 12.3.2018, n. 5894, est. Nazzicone, Ced Cass. *Rv*. 648250-01, edita in *Guida dir*., 20/2018, p. 46, con nota di Fiorini M., *Attualità del consenso, bisogna risalire alla data della richiesta*, in *Foro it*., 2018, I, p. 2083, con annotazione redazionale, ne *Il familiarista*, *on line* 1.8.2018, con nota di Pavone M., *Trascrizione tardiva del matrimonio concordatario: il soggetto leso può esperire azione di nullità*, in *Diritto & Giustizia*, 44/2018, *on line* 13.3.2018, con nota di Mascia K., *Trascrizione tardiva del matrimonio religioso, richiesta da uno solo dei coniugi: il consenso dell'altro deve esistere nel momento in cui si presenta la richiesta*.

essa previste poiché – a differenza di quanto avviene nel caso di precedente passaggio in giudicato della sentenza di cessazione degli effetti civili del matrimonio, le cui statuizioni in ordine all'assegno divorzile restano efficaci in forza del principio di solidarietà post coniugale – la sentenza di separazione che stabilisce il diritto al mantenimento a favore del coniuge separato trova il suo fondamento nella permanenza del vincolo coniugale e nel dovere di assistenza materiale tra coniugi sicché, venuto meno il vincolo matrimoniale, non possono sopravvivere le statuizioni accessorie dal quale esse dipendono[77].

Parte Processuale

Sommario*: 1. – La validità del matrimonio e dell'unione civile. 2. – La separazione personale dei coniugi. 3. – Scioglimento delle unioni personali e conseguenze. 4. – Il regime patrimoniale della famiglia. 5. – Il mantenimento dei figli. 6. – Il destino della casa familiare nello scioglimento della coppia. 7. – Il riconoscimento dello* status *di figlio. 8. – Responsabilità genitoriale. 9. – Lo stato di abbandono del minore ed i procedimenti adottivi. 10. – Convivenza* more uxorio *e famiglia di fatto. 11. – La protezione dei soggetti bisognosi. 12. – Questioni in materia di matrimonio concordatario.*

1. La validità del matrimonio e dell'unione civile

In tema di impugnative matrimoniali, il Giudice di legittimità ha chiarito che l'azione per impugnare il matrimonio affetto da vizi della volontà ovvero da incapacità di intendere e di volere di uno dei coniugi ha carattere personale ed è trasmissibile agli eredi solo qualora il relativo giudizio sia già pendente al momento della morte di detto coniuge, il quale è titolare esclusivo del potere di decidere se impugnare il proprio matrimonio; l'azione di nullità, inoltre, pur essendo promuovibile dal Pubblico Ministero, ex art. 125 cod. civ., non può più essere esperita dopo la morte di uno dei coniugi[78].

La questione relativa alla legittimità dell'atto del Prefetto che, in forza dei

[77] Cass. Sez. I, ord. 11.5.2018, n. 11553, est. Campese, Ced Cass. *Rv*. 648559-01, pubblicata in *Giur. it*., 2019, p. 566, con nota di Ronco A., *Sul conflitto tra le sentenze di separazione, divorzio e nullità del matrimonio*, ed in *Guida dir*., 29/2018, p. 55, con nota di Galluzzo S.A.R., *Un effetto che sussiste anche se il giudizio è 'passato in giudicato'*.

[78] Cass. Sez. II, sent. 28.2.2018, n. 4653, est. Picaroni, Ced Cass. *Rv*. 647813-02.

poteri di vigilanza sul Sindaco, abbia ordinato all'Ufficiale dello stato civile di annullare la trascrizione, nei relativi registri, di un matrimonio contratto all'estero tra persone dello stesso sesso, ritenendolo inesistente per la mancanza del requisito indefettibile della diversità di genere della coppia, appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario e non a quella amministrativa, ha statuito la Corte di legittimità, poiché la soluzione della controversia comporta l'esame, in via pregiudiziale, quale antecedente logico necessario, della validità nel nostro ordinamento del matrimonio contratto all'estero, che, riguardando una questione di *status*, ex art. 8, comma 2, cod. proc. amm., è esclusivamente riservata all'autorità giudiziaria ordinaria[79].

2. La separazione personale dei coniugi

Il Giudice di legittimità ha statuito che nei giudizi di separazione ed in quelli aventi ad oggetto figli minori di genitori non coniugati, il Pubblico Ministero non assume la posizione di parte necessaria, essendo il suo intervento normativamente previsto come obbligatorio ma senza alcun potere, né di iniziativa, né di impugnativa della decisione, sicché la sua mancata partecipazione non comporta una lesione del contraddittorio rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del processo, e tale da giustificare la rimessione degli atti al primo giudice, ex art. 354 cod. proc. civ. ma, essendo l'intervento prescritto a pena di nullità rilevabile d'ufficio, il relativo vizio si converte in motivo di gravame, ex art. 161 cod. proc. civ.[80].

Grava sulla parte che richieda l'addebito della separazione all'altro coniuge per l'inosservanza dell'obbligo di fedeltà, l'onere di provare la relativa condotta e la sua efficacia causale nel rendere intollerabile la prosecuzione della convivenza, ha ribadito la Suprema Corte, mentre è onere di chi eccepisce l'inefficacia dei fatti posti a fondamento della domanda, e quindi dell'infedeltà, nella determinazione dell'intollerabilità della convivenza, provare le

---

[79] Cass. SS.UU., sent. 27.6.2018, n. 16957, est. Petitti, Ced Cass. *Rv*. 649493-01, edita in *Dir. fam*., 2018, p. 1306, con annotazione redazionale, ed in *Diritto & Giustizia*, 112/2018, *on line* 28.6.2018, con nota di Di Lallo A., *Matrimonio tra persone dello stesso sesso contratto all'estero e trascritto in Italia. La giurisdizione spetta al giudice civile*. Coeva e del medesimo tenore la gemella SS.UU., sent. 27.6.2018, n. 16959, est. Petitti, non massimata per il Ced Cass., edita in *Foro it*., 2018, I, p. 2717 ss., con nota di Travi A., *Pregiudizialità civile e processo amministrativo*.

[80] Cass. Sez. I, sent. 14.2.2018, n. 3638, est. Mercolino, Ced Cass. *Rv*. 647057-01, edita in *Diritto & Giustizia*, 29/2018, *on line* 15.2.2018, con nota di Mattioli E., *Affidamento dei figli di genitori non coniugati: intervento del PM a pena di nullità*.

circostanze su cui l'eccezione si fonda, vale a dire l'anteriorità della crisi matrimoniale all'accertata infedeltà[81].

Nell'ambito del procedimento di separazione personale dei coniugi, ha chiarito la Suprema Corte, i provvedimenti adottati dal giudice istruttore, ex art. 709, ultimo comma, cod. proc. civ., di modifica o di revoca di quelli presidenziali, non sono reclamabili, poiché è garantita l'effettività della tutela delle posizioni soggettive mediante la modificabilità e la revisione, a richiesta di parte, dell'assetto delle condizioni separative e divorzili, anche all'esito di una decisione definitiva, piuttosto che dalla moltiplicazione di momenti di riesame e controllo da parte di altro organo giurisdizionale nello svolgimento del giudizio a cognizione piena[82].

Ancora in materia di separazione personale tra coniugi, il Giudice di legittimità ha statuito che ove si assumano provvedimenti in ordine alla convivenza dei figli con uno dei genitori, l'audizione del minore infradodicenne, capace di discernimento, costituisce adempimento previsto a pena di nullità, in relazione al quale incombe sul giudice un obbligo di specifica e circostanziata motivazione – tanto più necessaria quanto più l'età del minore si approssima a quella dei dodici anni, oltre la quale subentra l'obbligo legale dell'ascolto – non solo se ritenga il minore infradodicenne incapace di discernimento ovvero l'esame manifestamente superfluo o in contrasto con l'interesse del minore, ma anche qualora il giudice opti, in luogo dell'ascolto diretto, per un ascolto effettuato nel corso di indagini peritali o demandato ad un esperto al di fuori di detto incarico, atteso che l'ascolto diretto del giudice dà spazio alla partecipazione attiva del minore al procedimento che lo riguarda, mentre la consulenza è indagine che prende in considerazione una serie di fattori quali, in primo luogo, la personalità, la capacità di accudimento e di educazione dei genitori, la relazione in essere con il figlio[83].

La Cassazione ha quindi specificato che, nel giudizio di separazione personale dei coniugi, la memoria integrativa ex art. 709 cod. proc. civ., depositata dal ricorrente nel termine assegnato nell'ordinanza presidenziale, ove contenga domande nuove deve, a pena di inammissibilità della domanda, essere noti-

---

[81] Cass. Sez. VI-I, ord. 19.2.2018, n. 3923, est. Sambito, Ced Cass. *Rv*. 647052-01.

[82] Cass. Sez. VI-I, ord. 10.5.2018, n. 11279, est. Acierno, Ced Cass. *Rv*. 648581-01.

[83] Cass. Sez. I, ord. 24.5.2018, n. 12957, est. Bisogni, Ced Cass. *Rv*. 649153-01, edita in *Guida dir*., 32/2018, p. 54, con nota di Finocchiaro M., *Deroga possibile solo se è dimostrato un grave pregiudizio*, ed in *Diritto & Giustizia*, 92/2018, *on line* 25.5.2018, con nota di Mascia K., *Per decidere sul collocamento del minore si deve tener conto di quale sia la residenza maggiormente corrispondente al suo interesse*.

ficata al convenuto che non sia costituito in giudizio al momento del deposito della memoria, in applicazione del principio generale, stabilito dall'art. 292 cod. proc. civ., secondo cui è necessaria la notificazione delle domande nuove alla parte non costituita[84].

In caso di cassazione con rinvio per vizi di motivazione, ha specificato la Corte di legittimità, il giudice di merito conserva tutti i poteri di indagine e di valutazione della prova potendo compiere anche ulteriori accertamenti giustificati dalla sentenza di annullamento e dall'esigenza di colmare le carenze da questa riscontrate, tranne che in ordine ai fatti che la sentenza medesima ha considerato definitivamente accertati, per non essere stati investiti dall'impugnazione, né in via principale né in via incidentale, e sui quali la pronuncia di annullamento è stata fondata. Nella specie, la Suprema Corte ha cassato con rinvio la sentenza della Corte di Appello che, in tema di addebitabilità della separazione tra i coniugi, accertati definitivamente i maltrattamenti e le condotte violente del marito, aveva omesso di valutarne l'efficacia causale sulla crisi coniugale e ritenuto non imputabile allo stesso marito l'intollerabilità della prosecuzione della convivenza, comparando anche quei comportamenti con quelli della moglie rispetto alla quale non era stato chiesto l'addebito della separazione[85].

3. Scioglimento delle unioni personali e conseguenze

Il Giudice di legittimità ha sancito che il rito camerale, previsto per l'appello avverso le sentenze di divorzio e di separazione personale, da un lato non preclude la proponibilità dell'appello incidentale (tardivo) indipendentemente dalla scadenza del termine per l'esperimento del gravame in via principale e dall'altro, risultando caratterizzata la procedura in questione dalla sommarietà della cognizione e dalla semplicità delle forme, esclude la piena applicazione delle norme che regolano il processo ordinario e, in particolare, del termine perentorio fissato, per la relativa proposizione, dall'art. 343, comma primo, cod. proc. civ., con la conseguenza che il principio del contraddittorio deve ritenersi rispettato per il solo fatto che il gravame incidentale sia portato a conoscenza della parte avversa entro limiti di tempo tali da assicurare a quest'ul-

---

[84] Cass. Sez. I, ord. 26.6.2018, n. 16858, est. Lamorgese, Ced Cass. *Rv*. 649784-01, edita ne *Il processo civile*, *on line* 3.9.2018, con nota di Giordano R., *La memoria integrativa contenente domande nuove deve essere notificata al coniuge separato rimasto contumace*.

[85] Cass. Sez. I, ord. 10.12.2018, n. 31901, est. Caiazzo, Ced Cass. *Rv*. 651897-01.

tima la possibilità di far valere le proprie ragioni mediante l'organizzazione di una tempestiva difesa tecnica. Da ciò consegue che la tardiva proposizione dell'appello incidentale non comporta l'inammissibilità del gravame, consentendo semmai all'appellante principale di ottenere, ove lo richieda, il differimento dell'udienza, per meglio articolare le proprie difese[86].

Nella stessa decisione, la Corte di legittimità ha precisato che, nel quantificare l'assegno di divorzio, il giudice non è tenuto a prendere in considerazione tutti, e contemporaneamente, i parametri di riferimento indicati dall'art. 5 della l. n. 898 del 1970, ma può anche prescindere da alcuni di essi, fornendo adeguata giustificazione delle sue valutazioni, ed operando in tal modo una scelta discrezionale non sindacabile in sede di legittimità. Nel caso in esame, la Suprema Corte ha rigettato il motivo di ricorso per cassazione, fondato sulla dedotta mancata analitica valutazione, nella sentenza impugnata, di ciascuno dei parametri indicati dal ricordato art. 5, evidenziando che il giudice dell'appello aveva valorizzato in misura preponderante, tra i vari criteri, la comparazione delle condizioni economiche delle parti, formulando un giudizio adeguatamente motivato in relazione alle allegazioni e deduzioni delle parti[87].

In materia di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio, ha specificato la Cassazione, la morte del coniuge, anche nel corso del giudizio di legittimità, fa cessare la materia del contendere sia nel giudizio sullo *status* che in quello relativo alle domande accessorie, compreso il giudizio sulla richiesta di assegno divorzile, non assumendo alcun rilievo, in senso contrario, l'intervenuto passaggio in giudicato della sentenza non definitiva di divorzio, posto che l'obbligo di corresponsione di tale assegno è personalissimo e non trasmissibile agli eredi, trattandosi di posizione debitoria inscindibilmente legata a uno *status* personale, che può essere accertata solo in relazione alla persona cui lo stesso si riferisce[88].

La Suprema Corte ha statuito che deve pronunciarsi la cessazione della materia del contendere, nella procedura di cui all'art. 709-ter cod. proc. civ., introdotta per contestare le modalità di affidamento dei figli minori a seguito della separazione personale dei coniugi, qualora sopravvenga la sentenza

---

[86] Cass. Sez. I, sent. 20.2.2018, n. 4091, est. Di Marzio P., Ced Cass. *Rv*. 647148-01.

[87] Cass. Sez. I, sent. 20.2.2018, n. 4091, est. Di Marzio P., Ced Cass. *Rv*. 647148-02.

[88] Cass. Sez. I, sent. 20.2.2018, n. 4092, est. Bisogni, Ced Cass. *Rv*. 647149-01, edita in *Fam. dir*., 3/2019, p. 287, con nota di Villa A., *Sull'incerto destino delle domande accessorie in caso di morte del coniuge dopo il giudicato di divorzio*, ed in *Corr. giur*., 4/2019, p. 506, con nota di Amendolagine V. *Il decesso del coniuge determina la cessazione della materia del contendere nel giudizio divorzile*.

di divorzio, anche se non passata in giudicato, ed essa disponga sulla stessa materia, conseguendone il venir meno dell'interesse delle parti alla pronuncia, in quanto ogni contestazione relativa all'affidamento dei figli potrà essere proposta soltanto avverso le determinazioni adottate in merito dalla sentenza di divorzio[89].

Pronunciando in materia di affidamento di un figlio di genitori non coniugati, il Giudice di legittimità ha affermato che la sussistenza del conflitto di interessi tra i genitori ed il minore ai fini della nomina del curatore speciale ex art. 78, comma secondo, cod. proc. civ., in un procedimento nel quale si discuta del suo affidamento, deve essere valutata in concreto, avuto riguardo all'incapacità, anche temporanea, dei genitori a tutelare la posizione del figlio, non potendosi desumere la sussistenza del conflitto di interessi dalla mera conflittualità interna tra i genitori ove risulti la loro piena capacità ed una buona relazione con il minore[90].

Nel giudizio di scioglimento e cessazione degli effetti civili del matrimonio, ha sancito la Corte di legittimità, l'ordinanza della Corte di Appello, pronunciata su reclamo avverso il provvedimento di diniego di misure provvisorie ed urgenti emesso dal Presidente del tribunale, non è ricorribile per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost., difettando il requisito della definitività in senso sostanziale e dell'idoneità al giudicato, dal momento che tale ordinanza, pur incidendo su posizioni di diritto soggettivo, non è idonea a statuire su di esse in modo definitivo, ma assume la stessa natura di provvedimento interinale, provvisorio e strumentale al giudizio di merito che caratterizza l'ordinanza presidenziale, sempre revocabile e modificabile dal giudice istruttore, ai sensi dell'art. 4, comma 8, della l. n. 898 del 1970[91].

Pronunciando in materia di riconoscimento di sentenza straniera di divorzio, la Suprema Corte ha deciso che, in tema di procedimento sommario di cognizione, ex art. 702-bis cod. proc. civ., richiamato dall'art. 30 del d.lgs. n. 150 del 2011, che disciplina il giudizio di delibazione delle sentenze straniere, è legittimo, e non costituisce una rimessione in termine, benché sollecitato dal ricorrente, il provvedimento con cui il giudice, accortosi di aver fissato un termine eccessivamente breve per la notificazione alla controparte del ricorso

---

[89] Cass. Sez. I, ord. 26.2.2018, n. 4516, est. Di Marzio P., Ced Cass. *Rv*. 648249-01.

[90] Cass. Sez. I, ord. 11.5.2018, n. 11554, est. Campese, Ced Cass. *Rv*. 648560-01.

[91] Cass. Sez. VI-I, ord. 15.5.2018, n. 11788, est. Mercolino, Ced Cass. *Rv*. 649064-01.

e del decreto, differisce la data della prima udienza, così di fatto prorogando sia il termine ordinatorio originariamente concesso per la notifica del ricorso e del decreto, sia quello per la costituzione del convenuto. Nella fattispecie, la Cassazione ha escluso la ricorrenza di una illegittima rimessione in termine del ricorrente, in conseguenza del provvedimento con cui il Presidente della Corte di Appello, accortosi, su sollecitazione di parte, che il termine concesso per la notifica del ricorso e del decreto coincideva con il giorno in cui il provvedimento di fissazione dell'udienza era stato comunicato telematicamente al ricorrente, aveva differito l'udienza per riconoscere a quest'ultimo un tempo ragionevole entro cui notificare alla controparte il ricorso con il decreto[92].

Nella medesima pronuncia, il Giudice di legittimità ha pure chiarito che la regola del diritto straniero secondo cui il divorzio può essere pronunciato senza la previa separazione personale dei coniugi, ed il decorso di un periodo di tempo adeguato a consentire loro di ritornare sulla decisione assunta, non costituisce ostacolo al riconoscimento in Italia della sentenza straniera per quanto concerne il rispetto dell'ordine pubblico, richiesto dall'art. 64, comma primo, lett. g), della l. n. 218 del 1995, essendo a tal fine necessario, ma anche sufficiente, che il divorzio segua all'accertamento dell'irreparabile venir meno della comunione di vita tra i coniugi[93].

Nel processo di divorzio, ha spiegato la Corte di legittimità, non trovano applicazione gli artt. 183 e 190 cod. proc. civ., venendo in rilievo la disciplina speciale di cui all'art. 4 della legge n. 898 del 1970 (come modificato dall'art. 8 della legge n. 74 del 1987) volta ad accelerare la procedura di accertamento dei presupposti dello scioglimento o della cessazione degli effetti civili del matrimonio, al fine di impedire condotte defatigatorie ed ostative del convenuto, ed in virtù della quale è riservata al giudice istruttore la possibilità di rimettere la causa al collegio per l'emissione della sentenza non definitiva relativa allo *status* quando la causa debba proseguire per la determinazione dell'assegno[94].

Qualora sia stata proposta istanza congiunta di divorzio, ha statuito la Cassazione, la revoca del consenso da parte di uno dei coniugi non comporta l'improcedibilità della domanda, dovendo il tribunale provvedere ugualmente

---

[92] Cass. Sez. I, ord. 21.5.2018, n. 12473, est. Tricomi, Ced Cass. *Rv*. 649031-01, edita ne *Il familiarista*, *on line* 24.9.2018, con nota di Rovacchi M., *Non è contraria all'ordine pubblico la sentenza straniera di divorzio senza separazione*.

[93] Cass. Sez. I, ord. 21.5.2018, n. 12473, est. Tricomi, Ced Cass. *Rv*. 649031-02, *cit*., *loc. cit*.

[94] Ced Cass. Sez. VI-I, ord. 13.6.2018, n. 15570, est. Nazzicone, non massimata per il Ced Cass.

all'accertamento dei presupposti per la pronuncia richiesta, per poi procedere, in caso di esito positivo della verifica, all'esame delle condizioni concordate dai coniugi, valutandone la conformità a norme inderogabili ed agli interessi dei figli minori. Infatti, a differenza di quanto avviene nel procedimento di separazione consensuale, la domanda congiunta di divorzio dà luogo ad un procedimento che si conclude con una sentenza costitutiva, nell'ambito del quale l'accordo sotteso alla relativa domanda riveste natura meramente ricognitiva, con riferimento alla sussistenza dei presupposti necessari per lo scioglimento del vincolo coniugale ex art. 3 della l. n. 898 del 1970, mentre ha valore negoziale per quanto concerne la prole ed i rapporti economici, consentendo al tribunale di intervenire su tali accordi nel caso in cui essi risultino contrari a norme inderogabili, disponendo l'adozione di provvedimenti temporanei ed urgenti e la prosecuzione del giudizio nelle forme contenziose[95].

4. Il regime patrimoniale della famiglia

Il coniuge dell'acquirente di un immobile, che sia rimasto estraneo alla stipulazione dell'atto di compravendita, ha statuito il giudice di legittimità, non è litisconsorte necessario nel giudizio promosso dal venditore per l'accertamento della simulazione del contratto, perché l'inclusione del bene nella comunione legale ai sensi del'art. 177 cod. civ. costituisce un effetto *ope legis* dell'efficacia e validità del titolo di acquisto. Nel caso di specie la Suprema Corte ha confermato che, nel caso di azione di simulazione di contratto di compravendita immobiliare, non sussiste litisconsorzio necessario tra l'acquirente e il coniuge in regime di comunione legale[96].

In materia processuale, ed in giudizio coinvolgente sposi in comunione legale dei beni, la Cassazione ha sancito che nell'ipotesi in cui il coniuge, litisconsorte necessario pretermesso, intervenga volontariamente in appello, accettando la causa nello stato in cui si trova, e nessuna delle altre parti resti privata di facoltà processuali non già altrimenti pregiudicate, il giudice di appello non può rilevare d'ufficio il difetto di contraddittorio, né è tenuto a rimettere la causa al giudice di primo grado, ai sensi dell'art. 354 cod. proc. civ., ma deve trattenerla e decidere sul gravame, risultando altrimenti violato

---

[95] Cass. Sez. VI-I, ord. 24.7.2018, n. 19540, est. Mercolino, Ced Cass. *Rv*. 650192-01, edita in *Foro it*., 2018, I, p. 269, con annotazione redazionale di Casaburi G., e ne *Il familiarista*, *on line* 16.11.2018, con nota di Danise G., *La* vexata quaestio *della revoca del consenso al divorzio congiunto*.

[96] Cass. Sez. VI-III, ord. 9.5.2018, n. 11033, est. Rubino, Ced Cass. *Rv*. 648914-01.

il principio fondamentale della ragionevole durata del processo, il quale impone al giudice di impedire comportamenti che siano di ostacolo ad una sollecita definizione della controversia. Nel caso in esame, in cui al processo di primo grado intentato dal promissario acquirente di un immobile ex art. 2932 cod. civ. non aveva partecipato il coniuge in regime di comunione legale, che era poi intervenuto volontariamente in appello senza eccepire alcunché, la Suprema Corte ha cassato la sentenza con la quale il giudice di secondo grado aveva dichiarato nullo il giudizio di primo grado e rimesso la causa al primo giudice ai sensi dell'art. 354 cod. proc. civ.[97].

In tema di impresa familiare, ha deciso la Cassazione, il partecipante che agisce per ottenere la propria quota di utili ha l'onere di provare la consistenza del patrimonio aziendale e la quota astratta della propria partecipazione, potendo a tal fine ricorrere anche a presunzioni semplici, tra cui la predeterminazione delle quote operata a fini fiscali; sul familiare esercente l'impresa grava invece l'onere di fornire la prova contraria rispetto alle eventuali presunzioni semplici, nonché di dimostrare il pagamento degli utili spettanti "pro quota" a ciascun partecipante[98].

5. Il mantenimento dei figli

In tema di contributo al mantenimento dei figli minori nel giudizio di separazione o divorzio, è legittima l'acquisizione, da parte della Corte d'Appello, di una relazione investigativa sulle condizioni reddituali di una parte, prodotta per la prima volta insieme con la comparsa conclusionale del secondo grado del giudizio, ha ritenuto la Corte di legittimità, poiché la tutela degli interessi morali e materiali della prole è sottratta all'iniziativa ed alla disponibilità delle parti, ed è sempre riconosciuto al giudice il potere di adottare d'ufficio, in ogni stato e grado del giudizio di merito, tutti i provvedimenti necessari per la migliore protezione dei figli, e di esercitare, in deroga alle regole generali sull'onere della prova, i poteri istruttori officiosi necessari alla conoscenza della condizione economica e reddituale delle parti[99].

---

[97] Cass. Sez. II, ord. 22.10.2018, n. 26631, est. Criscuolo, Ced Cass. *Rv*. 650787-01.

[98] Cass. Sez. L, ord. 31.10.2018, n. 27966, est. Arienzo, Ced Cass. *Rv*. 651053-01.

[99] Cass. Sez. I, ord. 24.8.2018, n. 21178, est. Di Marzio P., Ced Cass. *Rv*. 650230-01, edita in *Foro it*., 2018, I, p. 3465, con annotazione redazionale relativa a più decisioni, ed in *Fam. dir*., 5/2019, p. 472, con nota di Poliseno B., *Poteri del giudice, relazioni investigative e tutela della prole*.

6. Il destino della casa familiare nello scioglimento della coppia

La Suprema Corte ha chiarito che, in tema di separazione personale dei coniugi e affidamento della casa familiare, la proposizione della domanda di accertamento del terzo, estraneo alla gestione della crisi della famiglia o della convivenza, non soffre i limiti temporali di proponibilità connessi alle procedure per la gestione di tale crisi, dovendo ritenersi ipotizzabile una contestazione da parte del terzo anche della mancanza originaria dei presupposti per l'assegnazione della casa, come nelle ipotesi di assegnazione in pregiudizio del terzo (ad es. abitazione non adibita a residenza familiare, o simulazione di esigenze di studio di figli maggiorenni). La non riconducibilità dell'azione agli schemi processuali dettati per la revisione delle condizioni di separazione e divorzio determina la possibilità di cumulare, oltre alla domanda di accertamento dell'insussistenza originaria o sopravvenuta delle condizioni di assegnazione, anche le domande di consegna dell'immobile, di condanna al pagamento dell'indennità di occupazione, ed eventualmente di risarcimento dei danni[100].

Il Giudice di legittimità ha pure precisato che in tema di separazione personale dei coniugi e affidamento della casa familiare, al di fuori di casi specifici di affidamento condiviso, in assenza di disposizioni di legge impositive di un litisconsorzio necessario, l'azione del proprietario volta a ottenere il rilascio del proprio immobile gravato da un mero diritto atipico di godimento, previo accertamento dell'inefficacia di quest'ultimo, non afferisce ad alcun rapporto sostanziale plurisoggettivo tale da necessitare il litisconsorzio, per cui la relativa azione va proposta solo nei confronti del coniuge che occupi l'immobile[101].

Nella medesima decisione la Cassazione ha statuito che in caso di azione proposta dal terzo per l'accertamento dell'inefficacia dell'assegnazione della casa familiare o della convivenza, per assenza dei presupposti, la spettanza di un'indennità per l'occupazione illegittima decorre dal verificarsi della mora restitutoria, mediante intimazione o richiesta, oppure, in mancanza, dalla domanda giudiziale[102].

Nel comodato di bene immobile stipulato senza determinazione di termine, ha chiarito la Cassazione, l'onere di provarne la destinazione a casa familia-

---

[100] Cass. sez. II, sent. 24.1.2018, n. 1744, est. Sabato, Ced Cass. *Rv*. 647785-03, *cit*., *locc. cit*.

[101] Cass. Sez. II, sent. 24.1.2018, n. 1744, est. Sabato, Ced Cass. *Rv*. 647785-02, *cit*., *locc. cit*.

[102] Cass. sez. II, sent. 24.1.2018, n. 1744, est. Sabato, Ced Cass. *Rv*. 647785-04, *cit*., *locc. cit*.

re e la persistenza della predetta destinazione alla domanda di rilascio grava sul comodatario. Nel caso di specie, la Suprema Corte ha cassato al sentenza impugnata che aveva ritenuto gravare sui comodanti l'onere di provare l'insussistenza di vincoli di destinazione[103].

Il godimento della casa familiare a seguito della separazione dei genitori, anche se non uniti in matrimonio, ai sensi dell'art. 337-sexies cod. civ., ha confermato la Corte di legittimità, deve essere attribuito dal giudice tenendo prioritariamente conto dell'interesse dei figli, occorrendo soddisfare l'esigenza di assicurare loro la conservazione dell'habitat domestico, da intendersi come il centro degli affetti, degli interessi e delle consuetudini in cui si esprime e si articola la vita familiare, e la casa può perciò essere assegnata al genitore, collocatario del minore, che pur se ne sia allontanato prima della introduzione del giudizio. Nel caso in esame la Corte di legittimità, nel ribadire il principio, ha assegnato la casa familiare alla madre, collocataria del figlio di età minore, reputando non ostativa la circostanza che la donna si fosse allontanata dalla casa in conseguenza della crisi nei rapporti con il padre del bambino, e non attribuendo rilievo al tempo trascorso dall'allontanamento, dipeso dalla lunghezza del processo, che non può ritorcersi in pregiudizio dell'interesse del minore[104].

7. *Il riconoscimento dello* status *di figlio*

La scoperta dell'adulterio commesso all'epoca del concepimento – alla quale si collega il decorso del termine annuale di decadenza fissato dall'art. 244 cod. civ. (come additivamente emendato con sentenza n. 134 del 1985 della Corte costituzionale) – ha chiarito la Cassazione, deve essere intesa

---

[103] Cass. Sez. VI-III, ord. 3.7.2018, n. 17332, est. Cirillo, Ced Cass. *Rv*. 650236-01, edita in *Condominio e locazione*, *on line* 7.8.2018, con nota di Tarantino M., *L'età avanzata dei genitori costituisce un valido motivo per chiedere la restituzione della casa prestata al figlio*.

[104] Cass. Sez. VI-I, ord. 13.12.2018, n. 32231, est. Sambito, Ced Cass. *Rv*. 651826-02. In diverso ambito, ma proponendo comunque un rilievo di sicuro interesse, è pure la statuizione contenuta nella medesima sentenza secondo cui "in conformità con la disciplina vigente in relazione al ricorso per cassazione, il deposito di copia analogica del controricorso, predisposto in originale telematico e notificato a mezzo PEC, senza attestazione di conformità del difensore ex art. 9, commi 1 bis e 1 ter, della l. n. 53 del 1994, o con attestazione priva di sottoscrizione autografa, non ne comporta l'inammissibilità ove il controricorrente depositi copia informale del proprio atto di costituzione, insieme alle attestazioni delle ricevute della notifica a mezzo PEC, quando il ricorrente non contesti la conformità dell'atto analogico depositato con l'originale ricevuto presso la propria casella PEC", Ced Cass. *Rv*. 651826-01.

come acquisizione certa della conoscenza (e non come mero sospetto) di un fatto rappresentato o da una vera e propria relazione, o da un incontro, comunque sessuale, idoneo a determinare il concepimento del figlio che si vuole disconoscere, non essendo sufficiente la mera infatuazione, la mera relazione sentimentale o la frequentazione della moglie con un altro uomo. Nel caso di specie, il Giudice di legittimità ha confermato la sentenza di appello che ha riconosciuto la tempestività della domanda di disconoscimento della paternità, ritenendo che, pur risultando una pregressa conoscenza dell'adulterio da parte dell'attore, solo all'esito dell'espletamento della prova del DNA, questi ne avesse acquisito la certezza[105].

La Suprema Corte ha sancito che, qualora non operi la presunzione di paternità ex art. 232 cod. civ. ed il figlio sia nato da genitori non uniti in matrimonio senza che ne sia successivamente intervenuto il riconoscimento, l'unica azione a disposizione del padre è quella "residuale", prevista dall'art. 248 cod. civ., di contestazione dello stato di figlio. Nel caso di specie, la Corte di legittimità ha cassato la sentenza impugnata, ritenendo che quest'ultima avesse erroneamente qualificato come disconoscimento di paternità l'azione con la quale, colui che all'anagrafe figurava essere il padre di un minore, nato dopo anni dalla pronuncia della sua separazione dalla madre e non riconosciuto, contestava la veridicità delle risultanze anagrafiche[106].

La Cassazione ha deciso che è inammissibile l'opposizione di terzo proposta da chi sia indicato come vero padre, avverso la sentenza, passata in giudicato, di disconoscimento della paternità legittima, quando l'opponente deduca che l'esito (positivo) dell'azione di disconoscimento di paternità si riverberi sull'azione di riconoscimento della paternità intentata nei suoi confronti, in quanto il pregiudizio fatto valere è di mero fatto, laddove il rimedio contemplato dall'art. 404 cod. proc. civ. presuppone che l'opponente azioni un diritto autonomo, la cui tutela sia però incompatibile con la situazione giuridica risultante dalla sentenza impugnata[107].

---

[105] Cass. Sez. I, ord. 9.2.2018, n. 3263, est. Tricomi, Ced Cass. *Rv*. 646883-01.

[106] Cass. Sez. I, ord. 22.2.2018, n. 4194, est. Di Marzio P., Ced Cass. *Rv*. 647626-01, edita in *Foro it*., 2018, I, p. 793, con annotazione redazionale di Casaburi G., ne *Il familiarista*, *on line* 19.7.2018, con note di Figone A., *Figlio nato da coppia separata e contestazione dello stato di figlio* e, *on line* 30.10.2018 (*focus*), di Moretti M., *Contestazione della paternità e principio del* favor veritatis, ed in *Diritto & Giustizia*, 34/2018, *on line* 22.2.2018, con nota di Mascia K., *Quale azione per l'ex marito che vuole negare la paternità del figlio nato oltre 300 giorni dalla separazione dalla moglie?*

[107] Cass. Sez. I, ord. 20.3.2018, n. 6985, est. Tricomi, Ced Cass. *Rv*. 648140-01.

È manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale – per violazione degli artt. 13, 15, 24, 30 e 32 Cost. – del combinato disposto degli artt. 269 cod. civ. e 116 e 118 cod. proc. civ., ha deciso la Corte di legittimità, ove interpretato nel senso della possibilità di dedurre argomenti di prova dal rifiuto del preteso padre di sottoporsi a prelievi ematici al fine dell'espletamento dell'esame del DNA. Invero, dall'art. 269 cod. civ. non deriva una restrizione della libertà personale, avendo il soggetto piena facoltà di determinazione in merito all'assoggettamento o meno ai prelievi, mentre il trarre argomenti di prova dai comportamenti della parte costituisce applicazione del principio della libera valutazione della prova da parte del giudice, senza che ne resti pregiudicato il diritto di difesa e, inoltre, il rifiuto aprioristico della parte di sottoporsi ai prelievi non può ritenersi giustificato nemmeno con esigenze di tutela della riservatezza, tenuto conto sia del fatto che l'uso dei dati nell'ambito del giudizio non può che essere rivolto a fini di giustizia, sia del fatto che il sanitario chiamato dal giudice a compiere l'accertamento è tenuto tanto al segreto professionale che al rispetto della legge 31 dicembre 1996, n. 675[108].

Ai fini dell'ammissibilità dell'azione di accertamento giudiziale della paternità, ai sensi dell'art. 269 cod. civ., la contrarietà all'interesse del minore sussiste solo in caso di concreto accertamento di una condotta del preteso padre che sarebbe tale da giustificare una dichiarazione di decadenza dalla responsabilità genitoriale, ovvero della prova dell'esistenza di gravi rischi per l'equilibrio affettivo e psicologico del minore e per la sua collocazione sociale, risultanti da fatti obbiettivi, emergenti dalla pregressa condotta di vita del preteso padre. Ne consegue che in mancanza di tali elementi, ha deciso il Giudice di legittimità, l'interesse del minore all'accertamento della paternità deve essere ritenuto di regola sussistente, avuto riguardo al miglioramento obiettivo della sua situazione giuridica in conseguenza degli obblighi che ne derivano in capo al genitore, senza che rilevino, al fine di escludere la ricorrenza dell'interesse del minore, l'attuale mancanza di rapporti affettivi con il genitore e la possibilità futura di instaurarli o, ancora, le normali difficoltà di adattamento psicologico conseguenti al nuovo *status*, oppure le intenzioni manifestate dal presunto genitore di non voler comunque adempiere i doveri morali inerenti la responsabilità genitoriale[109].

Tra l'azione di disconoscimento della paternità e quella di dichiarazione

---

[108] Cass. Sez. VI-I, ord. 5.6.2018, n. 14458, est. Sambito, Ced Cass. *Rv*. 649148-01.

[109] Cass. Sez. I, ord. 21.6.2018, n. 16356, est. Valitutti, Ced Cass. *Rv*. 649781-01, edita in *Dir. fam*., 2019, I, p. 89, con annotazione redazionale.

giudiziale di altra paternità, ha chiarito la Cassazione, sussiste un nesso di pregiudizialità in senso tecnico-giuridico con la conseguenza che in pendenza del primo giudizio, il secondo, ex art. 295 cod. proc. civ., deve essere sospeso, coerentemente con l'art. 253 cod. civ.[110].

Non è ammissibile la proposizione in via incidentale di un'azione di accertamento negativo della propria paternità, ha chiarito la Suprema Corte, nell'ambito di un giudizio per il risarcimento dei danni proposto nei confronti di colui che reclama lo *status* di figlio in altro giudizio di accertamento giudiziale della paternità, poiché legittimato all'azione di accertamento della paternità è solo colui che assume la filiazione; né sussiste il necessario carattere di strumentalità tra la domanda principale relativa ad una domanda risarcitoria e quella incidentale relativa al rapporto di filiazione[111].

In tema di azione di impugnazione del riconoscimento del figlio naturale per difetto di veridicità la Cassazione, confermando l'orientamento inaugurato con la sentenza n. 30122 del 2017, ha sancito che, stante la nuova disciplina introdotta dalle riforme del 2012 e 2013 in materia di filiazione, la prova della "assoluta impossibilità di concepimento" non è diversa rispetto a quella che è necessario fornire per le altre azioni di stato, richiedendo il diritto vigente che sia il *favor veritatis* ad orientare le valutazioni da compiere in tutti i casi di accertamento o disconoscimento della filiazione[112].

In tema di impugnazione del riconoscimento del figlio per difetto di veridicità, il Giudice di legittimità ha statuito che, qualora l'azione riguardi più minori, non è sempre necessario nominare curatori speciali diversi per ciascuno di essi; tale obbligo sussiste, infatti, nel solo caso in cui si verifichi tra i figli un conflitto di interessi, anche potenziale, ipotesi che non ricorre, tuttavia, per il solo fatto che i minori siano parti di un giudizio in posizioni processuali non contrapposte[113].

---

[110] Cass. Sez. VI-I, ord. 30.7.2018, n. 17392, est. Falabella, Ced Cass. *Rv*. 650189-01, edita in *Giur. it*., 2019, p. 836, con nota di Ronco A., *La guerra dei padri: sul rapporto tra le azioni di disconoscimento di una e di accertamento di altra paternità*, e ne *Il familiarista*, *on line* 3.12.2018, con nota di Corriere M., *Disconoscimento e accertamento della paternità: sussiste un nesso di pregiudizialità tecnico-giuridica*.

[111] Ced Cass. Sez. I, ord. 9.7.2018, n. 18007, est. Caiazzo, Ced Cass. *Rv*. 649901-01, edita ne *Il processo civile*, *on line* 6.9.2018, con nota di Bartolini F., *Accertamento giudiziale di insussistenza della paternità come questione incidentale proposta dal terzo*.

[112] Cass. Sez. I, sent. 10.7.2018, n. 18140, est. Sambito, Ced Cass. *Rv*. 649896-01.

[113] Cass. Sez. I, sent. 22.8.2018, n. 20940, est. Di Marzio P., Ced Cass. *Rv*. 650225-01, edita in *Foro it*., 2018, I, p. 266, con annotazione redazionale, *on line* in *Judicium*, 30.1.2019, con nota di Di Bernardo A., *Impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità: non sussiste l'obbligo di*

Nel giudizio di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità ex art. 263 cod. civ., il presunto padre naturale non è legittimato ad intervenire nel giudizio, né in qualità di interveniente autonomo né di interveniente adesivo, ha chiarito la Suprema Corte, essendo egli portatore di un mero interesse di fatto all'esito del giudizio, e non di un interesse giuridico a sostenere le ragioni dell'una o dell'altra parte, direttamente correlato ai vantaggi ed agli svantaggi che il giudicato potrebbe determinare nella sua sfera giuridica[114].

Ha statuito la Cassazione che l'art. 273 cod. civ., nel contemplare che l'azione per ottenere la declaratoria giudiziale di paternità o maternità naturale può essere promossa, nell'interesse del figlio minore, dal genitore esercente la potestà, configura un'estensione – rispetto ad un diritto personale del figlio – del potere di rappresentanza *ex lege* spettante al genitore, e mira a tutelare esclusivamente detto minore, sulla base della presunzione di un suo interesse all'accertamento dello *status*. Ad un tal riguardo, non occorre che il genitore esercente la potestà genitoriale sul figlio minore dichiari espressamente di agire in nome e per conto del figlio o comunque nell'interesse dello stesso, ma si rende sufficiente che, dal contesto complessivo del ricorso, emerga che il ricorrente agisca nell'interesse del minore[115].

8. Responsabilità genitoriale

Nei giudizi aventi ad oggetto la limitazione o ablazione della responsabilità genitoriale, il genitore è litisconsorte necessario, munito del pieno potere di agire, contraddire e impugnare le decisioni che producano effetti provvisori o definitivi sulla titolarità o sull'esercizio della predetta responsabilità. Nella specie la Suprema Corte, cassando la pronuncia di appello, ha ritenuto ammissibile il reclamo proposto dal padre avverso la sentenza che lo aveva dichiarato decaduto dalla responsabilità genitoriale[116].

---

nominare un curatore speciale diverso per ciascun fratello, e ne *Il familiarista*, *on line* 24.12.2018, con nota di Russo G., *Riconoscimento di paternità e conflitto di interesse*.

[114] Cass. Sez. I, ord. 22.8.2018, n. 20953, est. Campese, Ced Cass. *Rv*. 650228-01.

[115] Cass. Sez. I, ord. 13.12.2018, n. 32309, est. Caiazzo, Ced Cass. *Rv*. 651932-01, edita in *Diritto & Giustizia*, 221/2018, *on line* 14.12.2018, con note di Villani R., *Il rifiuto di sottoporsi al prelievo ematico può essere valutato dal giudice come presunzione di paternità*, e di Marotta M., *L'ascolto del minore nel giudizio di appello*.

[116] Cass. Sez. I, ord. 20.2.2018, n. 4099, est. Acierno, Ced Cass. *Rv*. 647061-01, edita ne *Il processo civile*, *on line* 21.5.2018, con nota di Hmeljak T., *Genitore litisconsorte necessario nei giudizi per la limitazione o l'ablazione della responsabilità genitoriale*.

Nei giudizi riguardanti l'adozione di provvedimenti limitativi, ablativi o restitutivi della responsabilità genitoriale, riguardanti entrambi i genitori, l'art. 336, quarto comma, cod. civ., così come modificato dall'art. 37, comma 3, l. n. 149 del 2001, richiede la nomina di un curatore speciale, ex art. 78 cod. proc. civ., ove non sia stato nominato un tutore provvisorio, sussistendo un conflitto d'interessi verso entrambi i genitori. Ne consegue, ha chiarito la Cassazione, che nell'ipotesi in cui non si sia provveduto a tale nomina, il procedimento deve ritenersi nullo ex art. 354, primo comma, cod. proc. civ. con rimessione della causa al primo giudice perché provveda all'integrazione del contraddittorio[117].

In tema di accertamento dello stato di adottabilità, posto che il ricorso alla dichiarazione di adottabilità costituisce solo una "soluzione estrema", essendo il diritto del minore a crescere ed essere educato nella propria famiglia d'origine, quale ambiente più idoneo al suo armonico sviluppo psicofisico, tutelato in via prioritaria dall'art. 1 della legge n. 184 del 1983, ha sottolineato la Corte di legittimità, il giudice di merito deve operare un giudizio prognostico teso, in primo luogo, a verificare l'effettiva ed attuale possibilità di recupero delle capacità e competenze genitoriali, con riferimento sia alle condizioni di lavoro, reddituali ed abitative, senza però che esse assumano valenza discriminatoria, sia a quelle psichiche, da valutarsi, se del caso, mediante specifica indagine peritale, estendendo detta verifica anche al nucleo familiare, di cui occorre accertare la concreta possibilità di supportare i genitori e di sviluppare rapporti con il minore, avvalendosi dell'intervento dei servizi territoriali[118].

Le misure sanzionatorie previste dall'art. 709-ter cod. proc. civ. e, in particolare, la condanna al pagamento di sanzione amministrativa pecuniaria, sono suscettibili di essere applicate facoltativamente dal giudice nei confronti del genitore responsabile di gravi inadempienze e di atti "che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento"; esse, tuttavia, ha chiarito la Corte di legittimità, non presuppongono l'accertamento in concreto di un pregiudizio subito dal minore, poiché l'uso della congiunzione disgiuntiva "od" evidenzia che l'avere ostacolato il corretto svolgimento delle prescrizioni giudiziali è un fatto che giustifica di per sé l'irrogazione della condanna, coerentemente con la funzione

---

[117] Cass. Sez. I, sent. 6.3.2018, n. 5256, est. Cristiano, Ced Cass. *Rv*. 647744–01, edita in *Foro it*., 2018, I, p. 1181, con annotazione redazionale di Casaburi G., e ne *Il familiarista*, *on line* 7.9.2018, con nota di Galluzzo S.A.R., *Il minore è parte necessaria dei giudizi* de potestate.

[118] Cass. Sez. I, ord. 27.3.2018, n. 7559, est. Di Marzio M., Ced Cass. *Rv*. 648444-01.

deterrente e sanzionatoria intrinseca alla norma richiamata[119].

La Corte di legittimità ha quindi deciso che il decreto con cui l'autorità giudiziaria assume i "provvedimenti convenienti" per l'interesse del minore, ai sensi dell'art. 333 cod. civ., al fine di superare la condotta pregiudizievole del genitore, ha natura di atto di giurisdizione non contenziosa ed è privo di carattere definitivo, in quanto revocabile e reclamabile, sia per il disposto speciale di cui al comma secondo della disposizione menzionata, sia in base alle regole generali di cui agli artt. 739 e 742 cod. proc. civ. e, conseguentemente, non è ricorribile per cassazione ai sensi dell'art. 111, comma settimo, Cost.[120].

I provvedimenti che incidono sul diritto degli ascendenti ad instaurare ed a mantenere rapporti significativi con i nipoti minorenni, ai sensi dell'art. 317-bis cod. civ., nel testo novellato dall'art. 42 del d.lgs. n. 154 del 2013, al pari di quelli ablativi della responsabilità genitoriale emessi dal giudice minorile ai sensi degli artt. 330 e 336 cod. civ., ha chiarito la Cassazione, hanno attitudine al giudicato *rebus sic stantibus*, in quanto non revocabili o modificabili salva la sopravvenienza di fatti nuovi, definendo essi procedimenti che dirimono comunque conflitti tra posizioni soggettive diverse e nei quali il minore è "parte", sicché il decreto della Corte di Appello che, in sede di reclamo, conferma, revoca o modifica i predetti provvedimenti è impugnabile con ricorso per cassazione ex art. 111, comma settimo, Cost.[121].

Il Giudice di legittimità ha statuito che, ai sensi dell'art. 38 disp. att. cod. civ., come novellato dall'art. 3 della legge 10 dicembre 2012, n. 219, il tribunale per i minorenni resta competente a conoscere della domanda diretta ad ottenere la declaratoria di decadenza o la limitazione della potestà dei genitori, ancorché nel corso del giudizio sia stata proposta, innanzi al tribunale ordinario, domanda di separazione personale dei coniugi o di divorzio[122].

Nell'ambito della questione relativa alla competenza territoriale del giudice nazionale, la Cassazione ha poi sancito che il procedimento di cui all'art. 337-ter cod. civ., volto all'adozione dei provvedimenti in favore dei figli minori, si instaura nel luogo di residenza abituale di quest'ultimo, inteso come il

---

[119] Cass. Sez. I, ord. 27.6.2018, n. 16980, est. Lamorgese, Ced Cass. *Rv*. 649673-01.

[120] Cass. Sez. I, ord. 10.7.2018, n. 18149, est. Nazzicone, Ced Cass. *Rv*. 649897-01, edita in *Foro it*., 2018, I, p. 2716, con annotazione redazionale, relativa a più decisioni in materia di tutela della coppia omosessuale, di Casaburi G.

[121] Cass. Sez. I, ord. 25.7.2018, n. 19780, est. Valitutti, Ced Cass. *Rv*. 649955-01, *cit., locc. cit.*

[122] Cass. Sez. VI-I, ord. 31.7.2018, n. 20202, est. Bisogni, Ced Cass. *Rv*. 650198-01.

luogo in cui il minore consolida affetti e relazioni, sicché, in caso di conflitto positivo di competenza, quest'ultima dovrà radicarsi innanzi al giudice funzionalmente competente e non facendo ricorso al criterio di prevenzione di cui all'art. 39, comma primo, cod. proc. civ. Nel caso di specie, la Suprema Corte ha escluso che potesse qualificarsi luogo di residenza abituale del minore quello dei nonni materni ove la madre, priva di occupazione, aveva trovato precaria ospitalità[123].

Il decreto emesso dalla Corte d'Appello in sede di reclamo avverso un provvedimento del tribunale che, nell'ambito del conflitto genitoriale, dispone l'affidamento del minore nato fuori dal matrimonio ai servizi sociali, ha deciso la Corte di legittimità, è ricorribile per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost. poiché, già nel vigore della l. n. 54 del 2006, ed a maggior ragione dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 154 del 2013, che ha abolito ogni distinzione tra figli nati da genitori non coniugati e figli nati dal matrimonio, al predetto decreto vanno riconosciuti i requisiti della decisorietà, poiché risolve contrapposte pretese di diritto soggettivo, e di definitività, perché ha un'efficacia assimilabile, *rebus sic stantibus* a quella del giudicato, non rilevando, a sostegno della tesi contraria, che si tratti di un provvedimento di affidamento ai servizi sociali, atteso che ciò non determina alcuna modificazione della qualificazione giuridica del provvedimento[124].

La Cassazione ha quindi ribadito, pronunciando ancora a Sezioni Unite, che qualora nel giudizio di divorzio introdotto innanzi al giudice italiano siano avanzate domande inerenti la responsabilità genitoriale (nella specie, con riferimento al diritto di visita) ed il mantenimento di figli minori non residenti abitualmente in Italia, ma in altro Stato membro dell'Unione Europea (nella specie, la Germania), la giurisdizione su tali domande spetta, rispettivamente ai sensi degli artt. 8, par. 1, del Regolamento CE n. 2201 del 2003, e 3 del Regolamento CE n. 4 del 2009, al giudice dello Stato di residenza abituale dei minori al momento della loro proposizione, dovendosi salvaguardare l'interesse superiore e preminente dei medesimi a che i provvedimenti i quali li riguardano siano adottati dal giudice più vicino al luogo di residenza effettiva degli stessi, nonché realizzare la tendenziale concentrazione di tutte le azioni che li riguardano, attesa la natura accessoria della domanda relativa al mante-

---

[123] Cass. Sez. VI-I, ord. 31.10.2018, n. 27741, est. Sambito, Ced Cass. Rv. 651355-01.

[124] Cass. Sez. I, ord. 12.11.2018, n. 28998, est. Iofrida, Ced Cass. *Rv*. 651475-01.

nimento rispetto a quella sulla responsabilità genitoriale[125].

La decisione con la quale l'autorità giudiziaria dispone l'affidamento del minore ai servizi sociali rientra nei provvedimenti convenienti per l'interesse del minore, di cui all'art. 333 cod. civ., in quanto diretta a superare la condotta pregiudizievole di uno o di entrambi i genitori senza dar luogo alla pronuncia di decadenza dalla responsabilità genitoriale ex art. 330 cod. civ.; tale provvedimento ha natura di atto di giurisdizione non contenziosa e, anche quando non sia previsto un termine finale dell'affidamento, è privo del carattere della definitività, risultando sempre revocabile e reclamabile, secondo il disposto di cui all'art. 333, comma secondo, cod. civ., come desumibile pure dalle previsioni generali di cui agli artt. 739 e 742 cod. proc. civ. La Suprema Corte ha affermato il principio rigettando la censura del ricorrente, che lamentava il carattere definitivo e non temporaneo del provvedimento di affidamento del figlio minore ai servizi sociali, non essendo stato disposto un termine di cessazione degli effetti, precisando che la previsione di un termine finale dell'affidamento non risultava necessaria, poiché la decisione risulta suscettibile di essere riesaminata in qualsiasi momento[126].

I provvedimenti *de potestate*, emessi dal giudice minorile ai sensi degli artt. 330 e 333 cod. civ., ha deciso il Giudice di legittimità, hanno attitudine al giudicato *rebus sic stantibus*, in quanto non sono revocabili o modificabili salva la sopravvenienza di fatti nuovi; pertanto, il decreto della Corte di Appello che, in sede di reclamo, conferma, revoca o modifica i predetti provvedimenti, è impugnabile mediante ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 111, comma settimo, Cost.[127].

---

[125] Cass. SS.UU, sent. 27.11.2018, n. 30657, est. Giusti, Ced Cass. *Rv*. 651442-01. Le Sezioni Unite si erano espresse in senso conforme pochi mesi prima, affermando che il giudice nazionale competente in materia di autorizzazione al mutamento della residenza del minore, nonché di pagamento percentuale delle spese scolastiche e straordinarie, in quanto domande direttamente incidenti sull'esercizio della responsabilità genitoriale da parte del genitore non affidatario o collocatario, è quello dello Stato di residenza abituale del minore, Cass. SS.UU, sent. 15.11.2017, n. 27091, est. Acierno, Ced Cass. *Rv*. 649684-01. Peraltro la Suprema Corte, in quest'ultima decisione, aveva ritenuto doversi escludere che la domanda relativa alla violazione dell'obbligo di mantenimento potesse ritenersi attratta al foro previsto per le domande relative alla responsabilità genitoriale, non potendo queste ultime ritenersi eziologicamente collegate con una domanda di risarcimento del danno, Ced Cass. *Rv*. 649684-02.

[126] Cass. sez. I, ord. 10.12.2018, n. 31902, est. Tricomi, Ced Cass. *Rv*. 651898-01, edita in *Fam. dir*., 3/2019, p. 250, con nota di Danovi F., *La Cassazione si esprime* (ante litteram?) *sulla parità dei tempi dei genitori con il minore*, ed in *Giustizia civile*, *on line* 23.4.2019, con nota di Clemente M., *La bigenitorialità non comporta l'affidamento per un tempo di pari durata presso ciascun genitore*. Cfr., però, *ante*, Cass. Sez. I, ord. 10.7.2018, n. 18149, est. Nazzicone, Ced Cass. *Rv*. 649897-01, e Cass. Sez. I, ord. 12.11.2018, n. 28998, est. Iofrida, Ced Cass. *Rv*. 651475-01, ed *ultra*, Cass. SS.UU. sent. 13.12.2018, n. 32359, est. Sambito, Ced Cass. *Rv*. 651820-02.

[127] Cass. SS.UU. sent. 13.12.2018, n. 32359, est. Sambito, Ced Cass. Rv. 651820-02, edita ne *Il*

La Cassazione ha pure ribadito, pronunziando a Sezioni Unite in materia di decadenza dalla potestà genitoriale, che qualora i genitori risiedano in Stati diversi, la competenza giurisdizionale deve essere individuata con riferimento al criterio della residenza abituale del minore al momento della proposizione della domanda, il cui accertamento si risolve in una *quaestio facti*, con valutazione da svolgersi anche in chiave prognostica, che può essere effettuata direttamente dalla Suprema Corte sulla base dei dati emergenti dagli atti processuali, occorrendo valorizzare circostanze quali la frequenza della scuola ed il conseguimento di un ottimo rendimento scolastico in un determinato Stato, l'apprendimento della lingua, l'inserimento nel contesto sociale ed anche la entusiasta volontà del minore di rimanere in un certo luogo, accertata mediante l' ascolto del minore medesimo[128].

9. Lo stato di abbandono del minore ed i procedimenti adottivi.

Nel giudizio avente ad oggetto la dichiarazione dello stato di adottabilità di un minore, ove i genitori siano considerati privi della capacità genitoriale, la natura personalissima dei diritti coinvolti e il principio secondo cui l'adozione ultrafamiliare costituisce l'*extrema ratio*, impongono di valutare anche le figure vicariali dei parenti più stretti, che abbiano rapporti significativi con il bambino e si siano resi disponibili alla sua cura ed educazione. Tale valutazione richiede che un giudizio negativo su di essi possa essere formulato solo attraverso la considerazione di dati oggettivi, quali le osservazioni dei servizi sociali che hanno monitorato l'ambito familiare o eventualmente il parere di un consulente tecnico. Nel caso in esame la Corte di legittimità ha cassato con rinvio la decisione di merito che aveva escluso l'idoneità ad occuparsi del minore di uno zio dello stesso, pur disponibile, soltanto in ragione della giovane età e della sua condizione di lavoratore dipendente[129].

In tema d'impugnazione della pronuncia sullo stato di adottabilità, la notificazione d'ufficio della sentenza della Corte d'Appello ex art. 17 della l.

---

familiarista, *on line* 15.3.2019, con nota di Bruno P., *Trasferimento del minore e giudice competente ai sensi della Convenzione de L'Aia del 1996*.

[128] Cass. SS.UU. sent. 13.12.2018, n. 32359, est. Sambito, Ced Cass. *Rv*. 651820-01, edita ne *Il familiarista*, *on line* 13.12.2018, con nota di Bruno P., *Trasferimento del minore e giudice competente ai sensi della Convenzione de L'Aia del 1996*.

[129] Cass. Sez. I, sent. 16.2.2018, n. 3915, est. Genovese, Ced Cass. *Rv*. 647147-01, edita ne *Il familiarista*, *on line* 19.4.2018, con nota di Pisano F., *Necessaria una CTU per valutare la capacità educativa dei parenti prima dell'adottabilità*.

n. 184 del 1983, da cui decorre il termine di trenta giorni per la proposizione del ricorso per cassazione, può essere effettuata non solo mediante ufficiale giudiziario ex art. 137 cod. proc. civ. bensì anche mediante notificazione della cancelleria a mezzo posta elettronica ex art. 149-bis cod. proc. civ.[130].

Non è contraria all'ordine pubblico ed è quindi trascrivibile nei registri dello stato civile italiano, ha statuito il Giudice di legittimità, la sentenza straniera che abbia pronunciato l'adozione piena dei rispettivi figli biologici, da parte di due donne di cittadinanza francese coniugate in Francia e residenti in Italia, poiché, ai sensi dell'art. 24 della Convenzione dell'Aja sulla protezione dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale del 1993, il riconoscimento dell'adozione può essere rifiutato da uno Stato contraente solo se, tenuto conto dell'interesse superiore del minore, essa sia manifestamente contraria all'ordine pubblico. Tale interesse, nella specie già vagliato dal giudice straniero, coincide con il diritto del minore al mantenimento della stabilità della vita familiare consolidatasi con entrambe le figure genitoriali, senza che abbia rilievo la circostanza che le stesse siano rappresentate da una coppia dello stesso sesso, non incidendo l'orientamento sessuale sull'idoneità dell'individuo all'assunzione della responsabilità genitoriale[131].

Nella stessa decisione la Suprema Corte ha chiarito che il giudizio relativo al riconoscimento di sentenza – pronunciata da giudice straniero – di adozione piena di minore, figlio biologico di una delle due partners di coppia omogenitoriale femminile coniugata all'estero, da parte dell'altra, deve essere effettuato secondo il paradigma legislativo di diritto internazionale privato previsto negli artt. 64 e ss. della l. n. 218 del 1995, non trovando applicazione, nella specie, la disciplina normativa relativa all'adozione internazionale. Ne consegue, ex art. 41, comma 1, della l. n. 218 del 1995, che richiama i citati articoli 64 e seguenti l. n. 218 del 1995, la competenza della Corte d'Appello e non del tribunale per i minorenni ex artt. 41, comma 2, legge n. 218 del 1995[132].

Il genitore dichiarato decaduto dalla responsabilità genitoriale può opporsi alla dichiarazione di adottabilità del figlio minore, ha chiarito il Giudice di legittimità, poiché la sua legittimazione non è espressione della rappresen-

---

[130] Cass., Sez. I, ord. 24.4.2018, n. 10106, est. De Chiara, Ced Cass. *Rv*. 648552-01.

[131] Cass. Sez. I, ord. 31.5.2018, n. 14007, est. Iofrida, Ced Cass. *Rv*. 649527-02, edita in *Foro it*., 2018, I, p. 2716, con annotazione redazionale relativa a più decisioni in materia di tutela della coppia omosessuale, di Casaburi G., e ne *Il familiarista*, *on line* 13.7.2018, con nota di Viccei F.R., *Riconoscimento delle adozioni omosessuali pronunciate all'estero: nessun contrasto con l'ordine pubblico*.

[132] Cass. Sez. I, ord. 31.5.2018, n. 14007, est. Iofrida, Ced Cass. *Rv*. 649527-01, *cit*., *locc*. *cit*.

tanza legale del figlio, bensì dell'interesse dell'ordinamento alla tendenziale conservazione della famiglia naturale in modo tale che, una volta revocata la dichiarazione di adottabilità, il genitore possa attivarsi per il recupero del rapporto con il figlio e, conseguito tale scopo, richiedere la reintegra nella responsabilità genitoriale ex art. 332 cod. civ.[133].

Il prioritario diritto dei minori a crescere nell'ambito della loro famiglia di origine non esclude, ha deciso la Cassazione, la pronuncia della dichiarazione di adottabilità quando, nonostante l'impegno profuso dal genitore per superare le proprie difficoltà personali e genitoriali, permanga tuttavia la sua incapacità di elaborare un progetto di vita credibile per i figli e, sul fondamento delle emergenze processuali, non risulti possibile prevedere con certezza l'adeguato recupero delle capacità genitoriali in tempi compatibili con l'esigenza dei minori di poter conseguire una equilibrata crescita psico-fisica[134].

In tema di ricorso per cassazione avverso la sentenza di appello che dichiara l'adottabilità di un minore, il deposito in cancelleria della copia autentica della sentenza impugnata, recante il timbro della cancelleria attestante l'intervenuta irrevocabilità della decisione, a seguito della mancata proposizione del ricorso per cassazione ex art. 325 cod. proc. civ., è idonea ad attestare, per implicito, anche l'avvenuta notificazione alle parti della decisione della Corte d'Appello effettuata ai sensi dell'art. 17 della legge 184 del 1983, essendo eventualmente onere del ricorrente dimostrare l'esistenza in fatto di circostanze che avrebbero potuto sovvertire l'inevitabile constatazione dell'avvenuto spirare dei termini, quali ad es., l'avvenuta notifica della sentenza in versione non integrale[135].

Nella medesima decisione la Corte di legittimità ha chiarito che in tema di opposizione alla dichiarazione di adottabilità, la notificazione d'ufficio della sentenza della Corte d'Appello, effettuata ai sensi dell'art. 17, comma 1, della l. n. 184 del 1983, è idonea a far decorrere il termine breve d'impugnazione di cui al successivo comma 2 del medesimo articolo, tenuto conto che la natura di l*ex specialis*, da riconoscere alla previsione di detto termine, induce ad escludere l'applicabilità della norma generale di cui all'art. 133 cod. proc. civ., senza che abbia alcun rilievo la circostanza che la notificazione sia avvenuta mediante

---

[133] Cass. Sez. I, ord. 18.6.2018, n. 16060, est. Valitutti, Ced Cass. *Rv*. 649474-01.

[134] Cass. Sez. I, ord. 21.6.2018, n. 16357, est. Di Marzio P., Ced Cass. *Rv*. 649782-01.

[135] Cass. sez. I, sent. 26.6.2018, n. 16857, est. Pazzi, Ced Cass. *Rv*. 649783-02, edita ne *Il processo civile*, *on line* 29.11.2018, con nota di Conti A., *Dichiarazione di adottabilità del minore: i termini per proporre ricorso per cassazione*.

strumenti telematici, atteso il chiaro tenore dell'art. 16, comma 4, del d.l. n. 179 del 2012, conv., con modif., dalla l. n. 221 del 2012, posto che il principio acceleratorio, sotteso alla disciplina in esame, trova la sua *ratio* nella preminente esigenza di assicurare la più rapida definizione dello *status* del minore, senza sacrificare in misura apprezzabile il diritto di difesa delle parti ricorrenti, sottoposto, in definitiva, solo ad un modesto maggiore onere[136].

La Suprema Corte ha deciso che la pronuncia del tribunale per i minorenni sul riconoscimento del provvedimento straniero in materia di adozione, ancorché adottata in forma di decreto, avendo carattere decisorio e definitivo, ha valore sostanziale di sentenza, e risulta perciò idonea al passaggio in giudicato. Ne consegue l'inammissibilità della successiva domanda di revoca della pronuncia sopradescritta. Nel caso in esame, sia il tribunale per i minorenni, sia la Corte d'Appello avevano rigettato la domanda di revoca proposta dai genitori adottivi di minore straniera, all'esito di procedimento di adozione internazionale conclusosi con il decreto di riconoscimento del provvedimento straniero sopraindicato, ma la Cassazione ha ritenuto *ab origine* inammissibile tale domanda, con conseguente inammissibilità del ricorso per cassazione[137].

In tema di procedimento per lo stato di adottabilità, ha chiarito la Corte di legittimità, il titolo II della l. n. 184 del 1983, nel testo novellato dalla l. n. 149 del 2001, che riflette anche principi sovranazionali (artt. 3, 9, 12, 14, 18, 21 della Convenzione di New York del 20 novembre 1989, ratificata con l. n. 176 del 1991; artt. 9 e 10 della Convenzione Europea sui diritti del fanciullo, stipulata a Strasburgo il 25 gennaio 1996 e ratificata con l. n. 77 del 2003; art. 24 della Carta di Nizza), attribuisce ai genitori del minore una legittimazione autonoma, connessa ad un'intensa serie di poteri, facoltà e diritti processuali atta a fare assumere loro la veste di parti necessarie e formali dell'intero procedimento di adottabilità e, quindi, di litisconsorti necessari pure nel giudizio di appello, quand'anche in primo grado non si siano costituiti, con conseguente necessità di integrare il contraddittorio nei loro confronti, ove non abbiano proposto il gravame; a tal fine non è sufficiente la sola notificazione, attuata d'ufficio, del decreto presidenziale di fissazione dell'udienza di discussione dell'appello, posto che tale iniziativa officiosa non consente anche la conoscenza del contenuto dell'altrui ricorso ed il compiuto esercizio del loro diritto di difesa[138].

---

[136] Cass. sez. I, sent. 26.6.2018, n. 16857, est. Pazzi, Ced Cass. Rv. 649783-01, *cit.*, *locc. cit.*

[137] Cass. Sez. I, ord. 27.6.2018, n. 16990, est. Pazzi, Ced Cass. *Rv*. 649691-01.

[138] Cass. Sez. I, ord. 10.7.2018, n. 18148, est. Sambito, Ced Cass. *Rv*. 649903-01.

Nell'adozione in casi particolari (art. 44 l. n. 184 del 1983 e successive modificazioni), il dissenso manifestato dal genitore titolare della responsabilità genitoriale, anche se non convivente con il figlio minore, ha efficacia preclusiva ai sensi dell'art. 46, comma 2, della l. n. 184 del 1983, salvo che non sia stata accertata la disgregazione del contesto familiare d'origine del minore, in conseguenza del protratto venir meno del concreto esercizio di un rapporto effettivo con il minore stesso da parte del genitore dissenziente. Nel caso in esame, la Cassazione ha confermato la decisione della Corte d'Appello che ha ritenuto preclusivo all'adozione in oggetto il dissenso manifestato dalla madre dell'adottando, la quale, pur non convivendo con il figlio, aveva manifestato concreto interesse al recupero del rapporto con il medesimo visitandolo periodicamente[139].

In materia di adozione di minori in stato di abbandono, il provvedimento di affidamento preadottivo, ancorché disposto successivamente alla proposizione dell'istanza di revoca del decreto di adottabilità, ha statuito la Cassazione, impedisce l'accoglimento dell'istanza sopraindicata, dal momento che la sua proposizione non produce alcun effetto sospensivo dell'efficacia del decreto di adottabilità, essendo necessario a tale ultimo fine l'accoglimento della predetta istanza, operante con effetto *ex nunc*, all'esito dell'accertamento dell'effettiva sopravvenienza dei fatti allegati, idonei a superare le condizioni di cui all'art. 8 della legge 4 maggio 1984, n. 183[140].

In tema di adozione, l'art. 12 della l. n. 184 del 1983 limita le categorie delle persone che devono essere sentite nel procedimento per l'accertamento dello stato di abbandono del minore, ai parenti entro il quarto grado che ab-

---

[139] Cass. Sez. I, ord. 16.7.2018, n. 18827, est. Campese, Ced Cass. *Rv*. 649680-01, edita in *Nuova giur. civ. comm*., 2019, p. 5, con nota di Long J., *Adozione in casi particolari e dissenso del genitore esercente la responsabilità genitoriale*, in *Foro it*., 2018, I, p. 2661, con annotazione redazionale di Casaburi G., e ne *Il familiarista*, *on line* 17.10.2018, con nota di Pavone M., *Efficacia preclusiva del dissenso del genitore biologico nell"adozione in casi particolari*. La decisione affronta, decidendo in modo parzialmente diverso, problematica analoga a quella esaminata da Cass. Sez. I, sent. 21.9.2015, n. 18575, est. De Chiara, Ced Cass. *Rv*. 636865-01, così massimata: "In tema di adozione particolare, ha efficacia preclusiva ai sensi dell'art. 46, comma 2, della l. n. 184 del 1983, il dissenso manifestato dal genitore che non sia mero titolare della responsabilità genitoriale, ma ne abbia altresì il concreto esercizio grazie ad un rapporto effettivo con il minore, caratterizzato di regola dalla convivenza, in ragione della centralità attribuita dagli artt. 29 e 30 Cost. all'effettività del rapporto genitore-figlio. (Nella specie, la S.C. ha ritenuto superabile, in ragione del preminente interesse della minore, il dissenso all'adozione manifestato dalla madre dell'adottanda, che non esercitava in concreto, da molti anni, la responsabilità genitoriale sulla figlia, con la quale non intratteneva alcun effettivo rapporto se non quello esplicantesi, in epoca più recente, negli incontri protetti)".

[140] Cass. Sez. VI-I, ord. 12.10.2018, n. 25408, est. Lamorgese, Ced Cass. *Rv*. 651352-01.

biano mantenuto rapporti significativi con lui, ed ai medesimi parenti, in forza del combinato disposto degli artt. 12 e 15 della legge n. 184 del 1983, deve essere notificata la sentenza che dichiara lo stato di adottabilità. In applicazione di tale principio, la Suprema Corte ha confermato la sentenza di merito che aveva ritenuto irrilevante l'omessa notifica della sentenza di adottabilità ai fratelli ed alla nonna di una minore, avendo escluso il loro interessamento nei confronti della bambina, della quale, peraltro, nessuno di loro aveva chiesto di prendersi cura[141].

L'istituto della rimessione in termini, astrattamente applicabile anche al giudizio di cassazione presuppone, tuttavia, la sussistenza in concreto di una causa non imputabile, riferibile ad un evento che presenti il carattere dell'assolutezza – e non già un'impossibilità relativa, né tantomeno una mera difficoltà – e che sia in rapporto causale determinante con il verificarsi della decadenza in questione. Nel caso di specie non sono state ravvisate dalla Corte di legittimità le condizioni per la rimessione in termini invocata dalla ricorrente che, nell'impugnare tardivamente per cassazione la sentenza che aveva dichiarato lo stato di adottabilità delle figlie minori – benché la decisione fosse stata regolarmente comunicata all'indirizzo Pec del suo difensore – allegava la difficoltà a conoscerla, in ragione del proprio stato di detenzione, del suo essere apolide di fatto e della scarsa dimestichezza con la lingua italiana[142].

10. Convivenza more uxorio *e famiglia di fatto*

Il Giudice di legittimità ha affermato che per accertare quale sia lo Stato in cui ha la residenza abituale un figlio di tenera età, nato da genitori non uniti in matrimonio che vivono in Paesi diversi, e di individuare in conseguenza il giudice nazionale dotato di giurisdizione al fine di assumere i provvedimenti riguardanti il minore, possono valorizzarsi indicatori di natura proiettiva, quali l'iscrizione del bambino presso l'asilo nido in un determinato Paese ed il godimento dell'assistenza sanitaria presso il sistema pediatrico del medesimo Stato[143].

---

[141] Cass. Sez. I, sent. 23.10.2018, n. 26879, est. Valitutti, Ced Cass. *Rv*. 651447-01.

[142] Cass. Sez. I, sent. 23.11.2018, n. 30512, est. Iofrida, Ced Cass. *Rv*. 651875-01, edita in *Diritto & Giustizia*, 208/2018, *on line* 26.11.2018, con nota di Di Lallo A., *Trenta i giorni per impugnare in Cassazione la decisione di declaratoria di adottabilità*.

[143] Cass. SS. UU., sent. 30.3.2018, n. 8042, est. Acierno, Ced Cass. *Rv*. 649686-01, edita ne *Il familiarista*, *on line* 2.7.2018, con nota di Casale C., *Sezioni Unite: per individuare la residenza abituale del minore servono indicatori proiettivi*, ed in *Diritto & Giustizia*, 58/2018, *on line* 3.4.2018, con nota

In tema di risarcimento del danno da perdita della vita del convivente, ai fini dell'accertamento dell'esistenza della convivenza *more uxorio* – intesa quale legame affettivo stabile e duraturo in virtù del quale siano spontaneamente e volontariamente assunti reciproci impegni di assistenza morale e materiale – i requisiti della gravità, precisione e concordanza degli elementi presuntivi devono essere ricavati dal complesso degli indizi da valutarsi non atomisticamente ma nel loro insieme e l'uno per mezzo degli altri, nel senso che ognuno, quand'anche singolarmente sfornito di valenza indiziaria, potrebbe rafforzare e trarre vigore dall'altro in un rapporto di vicendevole completamento. Nel caso in esame, la Suprema Corte ha censurato la sentenza con la quale la Corte territoriale, in ragione della ritenuta assenza di coabitazione, si era limitata a negare valore indiziario, all'esito di una loro mera valutazione atomistica, ad altri elementi acquisiti in giudizio, tra i quali l'esistenza di un comune conto corrente e la disponibilità in capo ad uno dei conviventi dell'agenda lavorativa dell'altro[144].

11. La protezione dei soggetti bisognosi

Il ricorso per cassazione proposto dall'amministratore di sostegno, avverso il decreto emesso dalla Corte d'Appello all'esito del reclamo su un provvedimento reso dal giudice tutelare in tema di autorizzazione alla riscossione di somme capitali, ai sensi dell'art. 374, comma primo, n. 2), cod. civ., è inammissibile, ha confermato il Giudice di legittimità, dovendosi limitare la facoltà di ricorso ex art. 720-bis, ultimo comma, cod. proc. civ., ai soli decreti

---

di Di Lallo A., *Figlia di soli 2 anni. Per individuare la residenza abituale si usano gli indicatori 'proiettivi'*. Questa decisione deve peraltro coordinarsi con quanto statuito pochi mesi prima da Cass. Sez. I, ord. 14.12.2017, n. 30123, est. Di Marzio P., Ced Cass. *Rv*. 646487-01, edita ne *Il familiarista*, *on line* 24.4.2018, con nota di Casale C., *La futura residenza del genitore non è automaticamente la residenza abituale del minore*, pronuncia in cui la Cassazione, oltre a confermare che, in tema di sottrazione internazionale del minore da parte di uno dei genitori, la nozione di residenza abituale posta dalla Convenzione de L'Aja del 25 ottobre 1980, ratificata con la legge n. 64 del 1994, consiste nel luogo in cui il minore, in virtù di una durevole e stabile permanenza ha consolidato, consolida, ovvero, in caso di recente trasferimento, possa consolidare una rete di affetti e relazioni tali da assicurargli un armonico sviluppo psicofisico, ha poi escluso che potesse ritenersi residenza abituale del minore il luogo (Londra) dove i genitori avevano programmato di vivere, senza, tuttavia, dare mai attuazione a tale intendimento, essendo sopravvenute circostanze che avevano portato il minore al trasferimento in Italia in forma stabile e senza soluzione di continuità.

[144] Cass. Sez. III, ord. 13.4.2018, n. 9178, est. Rubino, Ced Cass. *Rv*. 648590-01, edita in *Nuova giur. civ. comm*., 2018, p. 1242, con nota di Mazzariol R., *Coabitazione e registrazione anagrafica: due requisiti non essenziali per la configurabilità di una "convivenza di fatto"*, ed in *Resp. civ. prev*., 3/2018, II, p. 841, con nota di Facci G., *La coabitazione e la tutela risarcitoria della famiglia non coniugale*, ed in *Foro it*., 2018, I, p. 2056, con annotazione redazionale di Bona C.

di carattere decisorio, assimilabili alle sentenze di interdizione od inabilitazione, senza estensione a quelli aventi carattere gestorio[145].

Il provvedimento con il quale il giudice tutelare ordini all'amministratore di sostegno di revocare il coadiutore, nominato ai sensi dell'art. 408, comma quarto, cod. civ., ha statuito la Suprema Corte, presenta carattere meramente ordinatorio ed amministrativo e, di conseguenza non è assoggettabile ai normali mezzi d'impugnazione, in quanto risulta sempre revocabile e modificabile, diversamente da ciò che si verifica per i provvedimenti che dispongono l'apertura o la chiusura dell'amministrazione, che hanno contenuto corrispondente alle sentenze pronunciate in materia di interdizione ed inabilitazione a norma degli artt. 712 e ss. cod. proc. civ., espressamente richiamati dall'art. 720-bis cod. proc. civ.[146].

Analoghi principi sono stati quindi espressi dal Giudice di legittimità affermando, ancora in tema di amministrazione di sostegno, che solo i provvedimenti a carattere decisorio che la dispongono, o revocano, sono suscettibili di sindacato in sede di legittimità, e non anche i provvedimenti di designazione o sostituzione dell'amministratore, in quanto aventi natura amministrativa e gestoria[147].

In materia di amministrazione di sostegno, la Cassazione ha poi statuito che il giudice tutelare può prevedere d'ufficio, ex artt. 405, comma quinto, nn. 3 e 4, e 407, comma quarto, cod. civ., sia con il provvedimento di nomina dell'amministratore, sia mediante successive modifiche, la limitazione della capacità di testare o donare del beneficiario, ove le sue condizioni psico-fisiche non gli consentano di esprimere una libera e consapevole volontà. Infatti – esclusa la possibilità di estendere in via analogica l'incapacità di testare, prevista per l'interdetto dall'articolo 591, comma secondo, cod. civ., al beneficiario dell'amministrazione di sostegno, ed escluso che il combinato disposto degli articoli 774, comma primo, e 411, commi secondo e terzo, cod. civ., non consenta di limitare la capacità di donare del beneficiario – la previsione di tali incapacità può risultare uno strumento di protezione particolarmente effi-

---

[145] Cass. Sez. VI-I, ord. 13.2.2018, n. 3493, est. Acierno, Ced Cass. *Rv*. 647369-01, edita ne *Il processo civile*, *on line* 6.6.2018, con nota di Massafra A., *Ricorso per cassazione e provvedimenti gestori del giudice tutelare*.

[146] Cass. Sez. I, ord. 5.3.2018, n. 5123, est. Genovese, Ced Cass. *Rv*. 647637-01, edita in *Foro it*., 2018, I, p. 1628, con annotazione redazionale, insieme a Cass. Sez. I, ord. 28.2.2019, n. 4709, *cit*., di Casaburi G.

[147] Cass. Sez. VI-I, ord. 20.4.2018, n. 9839, est. Acierno, Ced Cass. *Rv*. 648279-01.

cace per sottrarre il beneficiario a potenziali pressioni e condizionamenti da parte di terzi, rispondendo tale interpretazione alla volontà del legislatore che, con l'introduzione dell'amministrazione di sostegno, ha voluto realizzare un istituto duttile, e capace di assicurare risposte diversificate e personalizzate in relazione alle differenti esigenze di protezione[148].

Sussiste la legittimazione attiva dell'interdetto infermo di mente, tramite il proprio rappresentante legale, a promuovere il giudizio di separazione personale, ha affermato la Suprema Corte, in applicazione analogica di quanto stabilito dal legislatore, con riferimento al divorzio, all'art. 4, comma 5, d.lgs. n. 898 del 1970, norma che disciplina espressamente la sola ipotesi in cui l'incapace abbia il ruolo di convenuto. Trattasi di opzione ermeneutica costituzionalmente orientata, volta ad evitare che l'interdetto sia privato in fatto di un diritto personalissimo di particolare rilievo, che la legge attribuisce ad entrambi i coniugi senza disparità di trattamento, nei casi previsti, ed il cui esercizio può rendersi necessario per assicurare l'adeguata protezione del soggetto incapace[149].

12. Questioni in materia di matrimonio concordatario

La Cassazione ha precisato che 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 degli artt. 95 e 96 del d.P.R. n. 396 del 2000, il soggetto che si ritenga leso da tale trascrizione può agire con l'azione ordinaria di cognizione di cui all'art. 16 della legge n. 847 del 1929, volta all'accertamento della nullità della trascrizione stessa, allorché 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[150].

---

[148] Cass. sez. I, ord. 21.5.2018, n. 12460, est. Mercolino, Ced Cass. *Rv*. 649112-01, edita in *Corr. giur*., 1/19, p. 60, con nota di Bugetti M.N., *Sulla privazione ex decreto in capo al beneficiario dell'amministrazione di sostegno della capacità di testare e di donare*, in *Foro it*., 2018, I, p. 272, con annotazione redazionale, insieme a sentenza di merito, di Casaburi G., e ne *Il familiarista*, *on line* 5.10.2018, con nota di Rossi R., *Amministrazione di sostegno e atti di liberalità: possibili limitazioni*.

[149] Cass. Sez. I, sent. 6.6.2018, n. 14669, est. Cristiano, Ced Cass. *Rv*. 649122-01, *cit*., *locc. cit*.

[150] Cass. Sez. I, sent. 12.3.2018, n. 5894, est. Nazzicone, Ced Cass. *Rv*. 648250-02, *cit*., *locc. cit*.

Corte di Cassazione, Sezione Civile Prima

Sentenza 30 agosto 2019, n. 21916

Libertà religiosa – genitorialità – affidamento della prole – ascolto del minore

In tema di affidamento dei figli, la possibilità da parte del giudice di adottare provvedimenti contenitivi o restrittivi dei diritti individuali di libertà dei genitori in tema di libertà religiosa e di esercizio del ruolo educativo è strettamente connessa e può dipendere esclusivamente dall'accertamento in concreto di conseguenze pregiudizievoli per il figlio che ne compromettano la salute psico-fisica e lo sviluppo e tale accertamento non può che basarsi sull'osservazione e sull'ascolto del minore in quanto solo attraverso di esse tale accertamento può essere compiuto.

Fonte: *www.neldiritto.it*

Libertà religiosa dei genitori ed interesse superiore del minore (riflessioni a margine di Cass. civ., sez. I, sentenza 30 agosto 2019, n. 21916)

Franco Sicuro

Sommario: *1. Il fatto di causa. – 2. Il quadro costituzionale di riferimento. – 3. Principio personalista, best interest of the child e limiti della responsabilità educativa genitoriale. – 4. Alcune (brevi) riflessioni conclusive "di sistema".*

1. Il fatto di causa

La scelta del programma educativo costituisce uno dei momenti di più significativa manifestazione del dovere-diritto dei genitori di "istruire, mantenere ed educare i figli" (art. 30, co. 1 Cost.). Il suddetto officium, nella sua responsabilizzante azione per e nell'interesse del figlio[1], agisce su una personalità ancora in fieri e – almeno nella generalità delle ipotesi – incapace di piena e consapevole autodeterminazione, soprattutto in materia religiosa. Per tali motivi, nel caso in cui uno od entrambi i coniugi appartengano a confessioni religiose postulanti un metodo educativo caratterizzato da pratiche potenzialmente dannose per l'equilibrio e la salute psichica dei figli, il rischio che il loro intento pedagogico si trasformi in un distorto strumento di imposizione valoriale e di condizionamento sociale è elevato e tangibile. Una simile evenienza, tutt'altro che remota nella multiculturale società contemporanea[2], evidenzia come la libertà religiosa sia non meno «pericolosa» di altre liber-

---

[1] Così Giuditta Matucci, *sub Art. 30*, in Francesco Clementi, Lorenzo Cuocolo, Francesca Rosa, Giulio Enea Vigevani, *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, il Mulino, Bologna, 2018, p. 205.

[2] Praticamente sterminata la letteratura in materia. *Ex multis*, cfr. Gaetani Azzariti, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Laterza, Roma-Bari, 2013; Salvatore Bonfiglio, *Costituzionalismo meticcio. Oltre il colonialismo dei diritti umani*, Giappichelli, Torino, 2016; Enrico Grosso, in Renato Balduzzi, Massimo Cavino, Enrico Grosso, Jörg Luther, *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi,* Giappichelli, Torino, 2007; Ginevra Cerrina Feroni, *Diritto costituzionale e società multiculturale*, in *www.rivistaaic.it*, 1/2017; Luigi D'Andrea, *Diritto costituzionale e processi interculturali*, in *www.forumdiquadernicostituzionali.it*, 29 aprile 2009; Will Kymlicka, *La cittadinanza multiculturale*, Il Mulino, Bologna, 1999.

tà[3], in quanto, se non adeguatamente orientata alla realizzazione la più ampia possibile della personalità del minore alla luce dei diritti e dei doveri costituzionali[4], può divenire un formidabile mezzo di compressione di altrui diritti e libertà fondamentali.

La vicenda di cui si tratta è icastica in tal senso e può essere così riassunta. Due genitori decidono di separarsi e, a causa della conversione della moglie alla fede geovista proprio in concomitanza della crisi coniugale, invocano l'intervento risolutore dell'autorità giudiziaria ex art. 337 ter c.c., al fine di risolvere l'emerso contrasto in punto di regolamentazione del diritto di ciascuno di essi di introdurre il figlio minorenne alla fede religiosa di rispettiva appartenenza. In primo grado, il Tribunale di Como nega alla madre la possibilità di impartire al figlio l'istruzione religiosa propria della dottrina geovista, financo impedendole di portare con sé il minore alle cerimonie presso la Sala del Regno da lei frequentata, in ragione della "natura settaria della comunità religiosa cui ella aderisce, chiusa in sé stessa e ostile al confronto con qualsivoglia altro interlocutore, essendo legata a un'interpretazione formalistica e parziaria di taluni testi veterotestamentari, che non ha ispirato (almeno in Italia) alcun prodotto letterario o artistico avente dignità culturale". Alla luce di ciò, il giudice di prime cure concludeva nel senso che "è maggiormente rispondente all'interesse del piccolo" la scelta paterna di fargli proseguire, in via esclusiva, il già intrapreso percorso di formazione cattolica, poiché quest'ultimo gli consente una più agevole integrazione "nel tessuto sociale e culturale del contesto di appartenenza, il quale, benché secolarizzato, resta pur sempre di matrice cattolica". Impugnata la sentenza di primo grado, la Corte d'Appello di Milano conferma il divieto per la ricorrente di trasmettere al figlio il proprio credo religioso al fine evitare di ingenerare nel bambino "confusione", "rischio di disorientamento" o di "appesantimento". Del resto, nota il giudice d'appello, la scelta di battezzare e di inserire il minore nella comunità cattolica, attraverso la frequenza delle lezioni di catechismo, era stata liberamente presa da entrambi i genitori, di comune accordo tra loro.

Ritenendo che il suo fondamentale ed inviolabile diritto di trasmettere al figlio il proprio patrimonio culturale e religioso[5] sia stato leso sulla base di un

---

[3] Utilizzano la pregnante ed evocativa espressione «libertà pericolosa», anche se in riferimento alla libertà di manifestazione del pensiero, Caterina Malavenda, Carlo Mezil D'eril, Giulio Enea Vigevani, *Le regole dei giornalisti. Istruzioni per un mestiere pericoloso,* il Mulino, Bologna, 2012, p. 33.

[4] In materia di doveri costituzionali, sempre attuali sono le riflessioni di Giorgio Maria Lombardi, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1967, p. 48.

[5] Sul legame tra cultura e religione, imprescindibile è il contributo di Samuel Phillips Huntington, *Lo scontro delle civiltà e il nuovo ordine mondiale*, Garzanti, Milano, 1997. Per un approfondimento della problematica influenza che il linguaggio è in grado di esercitare tanto sulla cultura quanto

ragionamento astratto ed aprioristico, la madre ricorre per cassazione, dolendosi, in particolare, del fatto che l'organo giudicante non abbia mai neppure tentato di accertare un reale e concreto pregiudizio che al minore sarebbe potuto derivare dalla frequentazione della Sala del Regno (in aggiunta al già intrapreso percorso di formazione cattolica). Si arriva così alla sentenza 30 agosto 2019, n. 21916 qui commentata, con cui la Suprema Corte cassa la precedente sentenza della Corte d'Appello, cui rinvia la causa per una nuova valutazione da effettuarsi sulla base del principio di diritto ivi enunciato. In particolare, sulla scorta di una lettura sistematica e (inter)costituzionalmente orientata, il giudice di legittimità evidenzia che il compito, ad esso affidato, di risolvere il conflitto genitoriale su questioni di particolare importanza, quale è certamente quella relativa all'educazione religiosa del minore, deve essere svolto "con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale dei figli ad una crescita sana ed equilibrata (ex art. 337 ter c.c.)", sicché è il superiore interesse del minore il principio che deve guidare il giudice nella individuazione della soluzione più adeguata alla sua crescita ed al suo sviluppo psico-fisico. Un interesse, quest'ultimo, la cui corretta applicazione non può prescindere dal puntuale ascolto del minore stesso, in quanto solo attraverso il ricorso a questo mezzo istruttorio è possibile accertare un eventuale concreto pregiudizio da questi subito a causa della sua contemporanea partecipazione a due distinti processi di formazione religiosa, cattolico e geovista. Alla luce delle richiamate argomentazioni, la Corte di Cassazione conclude statuendo che "in tema di affidamento dei figli, la possibilità da parte del giudice di adottare provvedimenti contenitivi o restrittivi dei diritti individuali di libertà dei genitori in tema di libertà religiosa e di esercizio del ruolo educativo è strettamente connessa e può dipendere esclusivamente dall'accertamento in concreto di conseguenze pregiudizievoli per il figlio che ne compromettano la salute psico-fisica e lo sviluppo e tale accertamento non può che basarsi sull'osservazione e sull'ascolto del minore in quanto solo attraverso di esse tale accertamento può essere compiuto" (punto n.14 della menzionata sentenza).

---

sulla religione, cfr. Tzvetan Todorov, *La paura dei barbari. Oltre lo scontro delle civiltà*, Garzanti, Milano, 2009, p. 76 ss., e Gaetano Dammacco, *Le asimmetrie dei linguaggi e il dialogo creativo: verba hominis et pax Dei*, in *Athanor. Linguaggi del monoteismo e pace preventiva*, 2011-12, pp. 83-99. Si interrogano sul rapporto tra cultura e religione, in relazione alla nota vicenda del *kirpan* quale simbolo di appartenenza al gruppo religioso e culturale dei *sikh*, Anna Maria Nico, *Ordine pubblico e libertà di religione in una società multiculturale (Osservazioni a margine di una recente sentenza della Cassazione sul kirpan)*, in *www.osservatorioaic.it*, II/2017, e Antonio Gusmai, *«Giustificato motivo» e (in)giustificate motivazioni sul porto del kirpan. A margine di Cass. pen., Sez. I, sent. n. 24084/2017*, in *Diritto e Religioni,* 1/2017, p. 170 ss.

2. Il quadro costituzionale di riferimento

La soluzione elaborata dal giudice di legittimità prende avvio da un'attenta ricostruzione del ruolo e delle valutazioni, di contenuto precipuamente costituzionale, che l'organo giudicante è chiamato ad effettuare in una situazione che, più di altre, corre il rischio di essere filtrata attraverso astratte convinzioni personali foriere di pregiudizi e di discriminazioni di carattere (anche) religioso. Dopo aver rilevato tali pressanti fattori di degenerazione del procedimento di formazione della decisione giudiziaria, la Suprema Corte enuncia un "principio di diritto" che, sulla base di un corretto uso giudiziario della Costituzione[6], veicola una soluzione ermeneutica conforme[7] ai principi ed allo spirito della stessa[8].

In particolare, tutti i principi fondamentali, in quanto tali, presentano una «apertura» semantica e deontica che impone all'interprete-applicatore del diritto di adottare, come «punto di partenza della razionalità dei processi applicativi», un canone argomentativo (e non già deduttivo) in grado di assicurare che il bilanciamento avvenga «sulla base della proporzionalità»[9]. Nel perseguire questo obiettivo, la Corte di Cassazione evidenzia, innanzitutto, che la libertà religiosa, in quanto diritto fondamentale ed inviolabile di ogni Uomo, è garantita dalla Costituzione sia nella sua dimensione individuale sia nelle formazioni sociali in cui si forma e si sviluppa la personalità del singolo (ex art. 2 cpv. Cost.). Tra queste ultime, un posto di assoluto rilievo è occupato dalla famiglia[10], quale "primo

---

[6] Di *uso giudiziario* della Costituzione parlano diffusamente Gustavo Zagrebelsky, Valeria Marcenò, *Giustizia costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2018, *passim*.

[7] Ormai copiosa la letteratura sviluppatasi in materia di interpretazione conforme a Costituzione. Per limitarsi ad alcuni (significativi) contributi, cfr. Massimo Luciani, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir., Annali IX,* Giuffrè, Milano, 2015; Giusi Sorrenti, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Giuffrè, Milano, 2006; Franco Modugno, *In difesa dell'interpretazione conforme a Costituzione,* in *www.rivistaaic.it*, 2/2014; Giuseppe Laneve, *L'interpretazione conforme a Costituzione: problemi e prospettive di un sistema diffuso di applicazione costituzionale all'interno di un sindacato (che resta) accentrato*, in *www.federalismi.it*, 2011.

[8] Parlano di "volontà", piuttosto che di "spirito" della Costituzione, Gustavo Zagrebelsky, Valeria Marcenò, *Giustizia costituzionale*, vol. I, cit., p. 119, i quali, richiamando una formula di K. Hesse, contrappongono la *Wille zur Verfassung,* intesa appunto come "volontà costituzionalmente orientata", alla *Wille zur Macht*, ossia alla "volontà di potenza" di nietzscheana memoria.

[9] Giorgio Bongiovanni, *Costituzionalismo e teoria del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2006, p. 36. Per un ulteriore approfondimento della richiamata impostazione ermeneutica, cfr. Robert Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali*, il Mulino, Bologna, 2012, p. 42 ss.

[10] Un'interessante e multidisciplinare ricostruzione del concetto di famiglia in un'ottica intercostituzionale è svolta da Antonio Gusmai, *Il concetto di famiglia «inter-costituzionale»,* in Luca Mezzetti, Elena Ferioli, *Giustizia e Costituzione agli albori del XXI Secolo,* Bonomo Editore, Bologna, 2017, p. 173 ss. L'Autore, dopo aver dimostrato – attraverso il riferimento a scienze sociali e naturali – che il concetto di famiglia deve considerarsi storicamente mutevole, delinea, in conclusione,

nucleo di aggregazione sociale dell'uomo"[11] e luogo elettivo di primigenia formazione della prole: in essa, «l'appartenenza religiosa è elemento condizionante del procedimento educativo dei minori (..) che, in ambito confessionale, si traduce in un dovere strutturale dello statuto del fedele»[12]. La garanzia costituzionale della libertà religiosa si completa, poi, tanto attraverso l'espressa affermazione del diritto di tutti di "professare liberamente la propria fede religiosa in qualsiasi forma, individuale o associata, di farne propaganda e di esercitarne in privato o in pubblico il culto" (così, art. 19 cpv. Cost.), quanto nella garanzia della pari dignità di tutte le confessioni religiose dinanzi alla legge (c.d. isonomia), quale strumento privilegiato di realizzazione di una effettiva parità sociale tra tutti i cittadini (ex art. 3, co. 1 Cost.).

Tutelata anche a livello sovranazionale[13], la libertà religiosa dei genitori rischia, tuttavia, di generare ovvero acuire una situazione di profonda conflittualità infra-coniugale, soprattutto nel caso in cui – come accade per i cattolici – l'educazione, l'inserimento e la partecipazione attiva della prole alla vita della comunità religiosa di rispettiva appartenenza si configuri come un vero e proprio dovere confessionale. Una simile eventualità, sempre più diffusa nella pluralistica società contemporanea, produce un'evidente ipotesi di contrasto

---

un significativo ed originale rapporto tra le metamorfosi del concetto di famiglia e quelle del sistema di giustizia costituzionale, sempre più orientato in senso diffuso ed inter-costituzionale: «il risultato di tutto questo, e le pronunce sulla "omogenitorialità" (..) ne costituiscono un chiaro esempio, non appare però soltanto quello del mero "stravolgimento" del sindacato in via incidentale, a favore della "diffusione" del controllo di costituzionalità. Invero, un effetto altrettanto rilevante – e, al contempo, forse anche trascurato dagli studiosi – è quello che ormai oggi vede slittare implicitamente, tra le prerogative decisorie del giudice comune, anche alcune tipologie di sentenze, un tempo pensate dalla Corte costituzionale al fine di modulare gli effetti delle proprie decisioni».

[11] Così, Corte cost., sent. n. 138 del 2010.

[12] Antonio Fuccillo, *Valori religiosi vs. valori laici (rileggendo il saggio di Walter Bigiavi su "Ateismo e affidamento della prole")*, in *www.statoechiese.it*, 14/2015, 5. L'Autore osserva ancora che «questo dovere dei genitori assume un rilievo significativo, ad esempio, nel diritto canonico, come peraltro emerge dai cannoni 226.2, 739.1, 739.2, 1366 e 1689 c.j.c.».

[13] Come il c.d. interesse superiore del minore, anche la libertà religiosa è strettamente correlata al principio personalista, di cui costituisce un'ulteriore manifestazione, e, come il primo, anch'essa è riconosciuta e garantita tanto a livello costituzionale (artt. 2, 3, 7, 8, 19, 20 Cost.) quanto a livello sovranazionale ed internazionale. Tale tutela multilivello si radica nelle previsioni di cui agli artt. 18 della Dichiarazione universale dei diritti dell'Uomo del 1948, 18 del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966 (reso esecutivo in Italia con la legge n. 881 del 1977), 9 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali del 1950 (reso esecutivo in Italia con la legge n. 848 del 1955) e 10 della Carta di Nizza del 2007 (attuata con legge n. 130 del 2008) che, contrariamente a quanto prescritto dall'art. 19 Cost., incontrano limiti espressi ulteriori rispetto al solo "buon costume", rappresentati – in via generale – dalla sicurezza e dall'ordine pubblico, dalla salute e dalla moralità pubblica. Un'ampia disamina della dimensione applicativa della libertà di religione nel panorama europeo, in stretta correlazione con la libertà di educazione, è proposta da Vincenzo Turchi, *Libertà religiosa e libertà di educazione del minore di fronte alla Corte di Strasburgo*, in *www.statoechiese.it*, 29/2012, spec. pp. 1-31.

tra doveri costituzionali e doveri confessionali il quale, in un'ottica costituzionalmente orientata, non può che risolversi nella prevalenza dei primi sui secondi. Invero, oltre al fatto che il diritto di libertà religiosa di un genitore – così come l'adempimento di un dovere confessionale – è limitato (ex art. 29, c.2 Cost.) dal pari diritto/dovere dell'altro coniuge che eventualmente professi un credo religioso diverso, è possibile affermare che da una lettura sistematica e non frazionata dell'intero testo costituzionale emerga un vero e proprio diritto soggettivo dei figli «a ricevere una formazione ed una educazione intrise dei valori di libertà immanenti al Testo costituzionale, così come rinvenibili nella libertà di aderire ad una confessione religiosa (art. 8) o di professarne il culto (art. 19); di esprimere liberamente il proprio pensiero (art. 21) così come le proprie opinioni politiche (art. 49)»[14]. Del resto, il combinato disposto degli art. 30, c.1 e 31 cpv. Cost. rivela, a sua volta, una pregnante tensione assiologica volta a rimarcare «l'importanza che l'ordinamento ha inteso assegnare innanzitutto ai doveri dei genitori cui corrispondono (..) il diritto a essere curati dei figli»[15]. In tal modo, i genitori sono vincolati «ad assumere i valori di libertà (..) a modello inderogabile del loro programma educativo»[16], in una prospettiva di progressiva riconduzione dell'educazione familiare nella più generale prospettiva dei fattori di trasformazione del cittadino[17]. Non a caso,

---

[14] Mario Bessone, *sub Artt. 30 e 31 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, in Giuseppe Branca, *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1976, cit., p. 126.

[15] In tal senso, Benedetta Liberali, *(Prima) il dovere e (poi) il diritto: alla ricerca degli "ossimori costituzionali" nella cura dei figli*, in *www.gruppodipisa.it*, 2018, p. 3. Sulla base delle richiamate previsioni costituzionali, l'art. 315 bis c.c. tutela l'aspettativa del minore ad essere "mantenuto, educato, istruito e assistito moralmente (..), nel rispetto delle sue capacità, delle sue inclinazioni naturali e delle sue aspirazioni", rivelando un «preciso ordine di priorità funzionale fra i doveri e i diritti dei genitori [che] sottolinea il carattere strumentale dell'adempimento dei doveri genitoriali rispetto alla posizione dei figli e alla garanzia dei suoi diritti» (così, Benedetta Liberali, *(Prima) il dovere e (poi) il diritto*, op. ult. cit., 5). Al riguardo, rimarcata la decisività, nonché doverosità, della responsabilità genitoriale di somministrare al minore un programma educativo intriso dei valori di libertà costituenti la trama fondamentale del testo costituzionale, deve evidenziarsi come, dal reciproco richiamo di evocative formule costituzionali, emerga una significativa convergenza tra doveri: quello di solidarietà sociale (art. 2 cpv. Cost.), quello dei genitori di mantenere, istruire ed educare i figli (art. 30, c.1 Cost.) e quello, proprio di tutti i cittadini, di essere fedeli alla Repubblica e di osservarne la Costituzione e le leggi (art. 54, c.1 Cost.). Attento alla decisività della dimensione doverosa del ruolo dei giudici e, soprattutto, dei genitori in materia è Antonio Arena, *A proposito dello "statuto costituzionale del minore" (brevi osservazioni a margine di alcune "novità" nel dibattito parlamentare e nella giurisprudenza comune)*, in *www.consultaonline.it*, 6 giugno 2016, p. 250, il quale evidenzia che «non si deve trascurare infatti che l'articolo 30, I comma, della Costituzione deve essere letto in combinato (tra l'altro) con l'articolo 54, I comma, che pone per tutti i cittadini, quindi anche per i genitori, il dovere di essere fedeli alla Repubblica e di osservarne la Costituzione e le leggi. Ancora una volta, l'intervento pubblico si giustifica alla luce del principio di sussidiarietà».

[16] Mario Bessone, *sub Artt. 30 e 31 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, cit., p. 106.

[17] Cfr., ancora, Mario Bessone, *sub Artt. 30 e 31 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, op.

è stato osservato che, su un piano religioso, il minore deve essere educato ad acquisire la «capacità di operare scelte consapevoli e autonome», in modo tale che «[sia] educato a un libero esercizio del diritto di libertà religiosa»[18].

Il contenuto del diritto/dovere dei genitori di istruire i figli (anche) in materia religiosa «in un contesto nel quale l'educazione del minore costituisce la realizzazione dell'interesse genitoriale»[19], subisce, per effetto dei principi costituzionali supra richiamati, una serie di tangibili limitazioni. Tra queste, due in particolare risultano avere una capacità operativa altamente limitativa del contrapposto diritto/dovere genitoriale: da un lato, l'interesse del minore e, dall'altro, l'«ormai generalizzato riconoscimento dell'attitudine dello stesso a sviluppare un certo grado di autodeterminazione»[20]. Così concepito, tale dovere-diritto rivela la sua natura evidentemente funzionalistica, la quale, a sua volta, contribuisce ad evidenziare il restringimento contenutistico cui l'officium educativo genitoriale è soggetto. Alla luce di ciò, è una pressante esigenza di dignità del minore[21], intesa come vero e proprio «punctum unionis dei diritti e dei doveri costituzionali»[22], che impone ai genitori (e, in via sussidiaria, all'autorità giudiziaria) di mettere il minore nelle condizioni di poter esercitare liberamente i suoi diritti e le sue prerogative di cittadino della Repubblica[23], anche attraverso la rinuncia ad intransigenti precetti educativi propri della religione di rispettiva appartenenza, qualsiasi essa sia.

Peraltro, l'attenzione costituzionale al profilo personale dei diritti familiari si

---

ult. cit., pp. 101-102.

[18] Così, ancora, Roberta Colombo, *L'educazione religiosa dei figli nei matrimoni misti: l'ordinamento canonico tra diritto e pastorale*, in *www.statoechiese.it*, 27/2017, p. 3. In tema di educazione religiosa del minore, *ex multis*, cfr. David Durisotto, *Educazione e libertà religiosa del minore*, Jovene, Napoli, 2011; Roberta Santoro, *Diritti ed educazione religiosa del minore,* Jovene, Napoli, 2004; Maria Elisabetta Alberti Casellati, *L'educazione dei figli nell'ordinamento canonico*, Cedam, Padova, 1990.

[19] Giovanni Giacobbe, *Educazione della prole, progetto educativo e ruolo della famiglia: spunti per una riflessione*, in *Iustitia*, 2012, IV, p. 429.

[20] Roberta Colombo, *L'educazione religiosa dei figli nei matrimoni misti,* cit., p. 3.

[21] In tal senso, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 117 del 1979, ha avuto modo di specificare che Costituzione tutela la libertà di coscienza nella sua declinazione religiosa in quanto espressione della dignità dell'individuo.

[22] Questa efficace espressione è di Antonio Ruggeri, *Il principio personalista*, cit., p. 9. Da sottolineare, poi, che lo stesso Autore ha elevato il concetto di dignità «ad autentico valore supercostituzionale», idoneo a dar «senso e giustificazione all'intera Carta repubblicana» (così, ID., *Eguaglianza, solidarietà e tecniche decisorie nelle più recenti esperienze della giustizia costituzionale*, in *www.rivistaaic.it*, 18 maggio 2017, 5). Di dignità come «funzione di sostegno esterno dell'ordinamento, di fonte di legittimazione della sua validità» parla Gaetano Silvestri, *La dignità umana*, cit., p. 181.

[23] Così, Elisabetta Lamarque, *sub Art. 30,* in Raffaele Bifulco, Alfonso Celotto, Marco Olivetti, *Commentario alla Costituzione,* Vol. I, UTET, Torino, 2006, p. 631.

evince anche dalla previsione, di cui all'art. 30, co. 2 Cost., secondo cui "nei casi di incapacità dei genitori, la legge provvede a che siano assolti i loro compiti" nonché, ad ulteriore riprova dell'evocato obiettivo di tutela del minore, dall'art. 31, co. 1 Cost., che pone in capo alla Repubblica l'impegno di agevolare, con misure economiche ed altre provvidenze, l'adempimento dei prescritti doveri[24]. In questa direzione, l'intervento dell'autorità giudiziaria nei casi di incapacità genitoriale di predisporre un convergente e corretto modello educativo deve essere orientato alla specifica e puntuale tutela dell'interesse preminente del minore, da accertare – ove non sia possibile decidere altrimenti – caso per caso attraverso l'ausilio dei mezzi istruttori di cui dispone l'organo giudicante. È prevalentemente attraverso una simile ottica casistico-applicativa che potrà scongiurarsi un indottrinamento precoce ed intransigente, a qualunque fede esso si riferisca. L'intervento giudiziario, necessariamente scevro da considerazioni valoriali del credo religioso genitoriale[25] ed ispirato al supremo principio costituzionale di laicità[26], deve porsi, tuttavia, come extrema ratio, in ragione del suo ineliminabile carattere coattivo[27]. Soltanto in situazioni eccezionali, di comprovato o altamente probabile pregiudizio per la sua educazione, l'interesse

---

[24] Per un'ampia ricostruzione delle intime connessioni e dei rilevanti risvolti pratici sottesi alle riportate disposizioni costituzionali, *ex multis*, cfr. Mario Bessone, *sub Artt. 30 e 31 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, cit.; Benedetta Liberali, *(Prima) il dovere e (poi) il diritto*, cit., pp. 1-8, la quale propone un'ampia disamina delle previsioni normative, non soltanto costituzionali ma anche civilistiche, vigenti in materia. Importanti, inoltre, sono le riflessioni di Elisabetta Lamarque, *Famiglia e filiazione,* in Felice Giuffrè, Ida Nicotra, *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, p. 597 ss.

[25] La cui essenza strutturale «è quella di avere l'anzidetta *propria originale concezione del mondo*», sostiene Francesco Finocchiaro, *sub Art. 8*, in *Commentario della Costituzione*, cit., p. 388.

[26] Principio, quest'ultimo, che secondo la Corte costituzionale (sentenza n. 329 del 1997) deve essere correttamente declinato non già come "indifferenza (statale, n.d.r.) di fronte all'esperienza religiosa" ma come "equidistanza e imparzialità della legislazione rispetto a tutte le confessioni religiose". Giuseppe Dalla Torre, *Matrimonio e famiglia tra laicità e libertà religiosa*, in *www.statoechiese.it*, 22/2018, 4, ha acutamente osservato che «la laicità è nell'ordine dei mezzi, la libertà religiosa (e l'eguaglianza senza distinzione di religione) nell'ordine dei fini». Sul punto, cfr. Stefano Sicardi, *Il principio di laicità nella giurisprudenza della Corte costituzionale (e rispetto alle posizioni dei giudici comuni)*, in *www.associazioneitalianadeicostituzionalisti.it*, 2006, *passim*. Un'interessante ricostruzione del concetto di laicità, della sua elaborazione giurisprudenziale e delle sue aporie applicative è fornita, inoltre, da Giuditta Brunelli, *La laicità italiana tra affermazioni di principio e contraddizioni nella prassi*, in *www.rivistaaic.it*, I/2013, *passim*. Fa notare Ilenia Ruggiu, *sub Art. 19 Cost.,* in *La Costituzione italiana*, cit., p. 135, che «nonostante, in un primo tempo, la Corte costituzionale avesse usato l'argomento che fosse ragionevole tutelare in modo rafforzato la religione cattolica in quanto della maggioranza, questo modo di argomentare ha ceduto il passo di fronte ad una equiparazione tra le diverse religioni». Altri, importanti, spunti di riflessione sull'argomento *de quo* si trovano in Alessandro Ferrari, *La libertà religiosa in Italia*, Carocci, Roma, 2012, *passim*.

[27] Di carattere sussidiario dell'intervento statale parla Antonio Arena, *A proposito dello "statuto costituzionale del minore"*, cit., p. 250, il quale sottolinea che «lo Stato interviene quando i genitori si sono dimostrati incapaci di svolgere il loro compito, essenziale per la crescita del minore».

superiore del minore, accertato mediante il puntuale ascolto dello stesso, può portare alla limitazione della libertà di uno dei genitori di trasmettergli i dettami religiosi ritenuti necessari (ed opportuni) alla sua formazione.

3. Principio personalista, best interest of the child e limiti della responsabilità educativa genitoriale

Rigettata ogni pretesa genitoriale riecheggiante concezioni proprietarie dei figli[28], è il principio del preminente interesse del minore, nella sua genesi (inter)costituzionale[29], a costituire il più significativo limite ad una piena esplicazione della libertà religiosa (e, in senso lato, educativa) dei genitori nelle ipotesi in cui essa si traduce in indebite pratiche restrittive del diritto del minore di scegliere e praticare il proprio indirizzo religioso. Ove poi, come nel caso di specie, il minore non abbia ancora raggiunto un'autonoma capacità di discernimento in campo religioso, il contrasto genitoriale sul modello educativo da adottare impone ai coniugi di limitare la propria libertà di indirizzare la prole verso la religione di rispettiva appartenenza al fine di tutelare il minore da eventuali pregiudizi psico-sociali[30] che potrebbero derivare dall'accostamento a pratiche confessionali in stridente contrasto con alcuni principi costituzionali caratterizzanti il contesto sociopolitico di riferimento. Le considerazioni da ultimo svolte inducono ad individuare nella libera autodeterminazione (anche) religiosa e nell'interesse a ricevere un'educazione improntata al rispetto ed alla trasmissione dei suddetti principi i limiti di intollerabilità costituzionale della strategia educativa prescelta dai genitori, superati i quali l'ordinamento

---

[28] In tal senso, ancora, Elisabetta Lamarque, *sub Art. 30,* in *Commentario alla Costituzione,* cit., p. 631.

[29] Ha utilizzato per primo la evocativa espressione di ordinamento (inter)costituzionale, Antonio Ruggeri, *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento "intercostituzionale"*, in *www.rivistaaic.it*, IV/2013. In questa convergenza (inter)costituzionale, la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti fondamentali dell'Uomo, pur non prevedendo espressamente il principio del *best interest of the child*, è pervenuta ad una sua estesa tutela per mezzo dello *human rights-based approach* (Così Joelle Long, *Il principio dei* best interests *e la tutela dei minori*, in *www.questionegiustizia.it*, 2, 2019). Attraverso la richiamata strategia ermeneutica, dagli artt. 8 (riguardante la tutela della vita privata e familiare), 9 (in materia di tutela della libertà religiosa e di coscienza) e 14 (circa il divieto di discriminazione per motivi religiosi) della CEDU, nonché dagli artt. 3, paragrafo 1, della Convenzione sui diritti del fanciullo (New York, 20 novembre 1989) e 6 della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli (adottata dal Consiglio d'Europa a Strasburgo il 25 gennaio 1996), è stato possibile implementare e meglio strutturare l'interesse superiore del minore, sino al punto di renderlo un concetto talmente ampio da essere capace di indurre svolte interpretative e normative negli Stati membri.

[30] Nello stesso senso, Cass. civ., sez. I, sentenza 12 giugno 2012, n. 9546.

giuridico sarà chiamato ad intervenire per tutelare la libertà e la dignità della prole. Con le suddette limitazioni, la Costituzione, in qualità di «strumento e risorsa di convivenza»[31] vincolante «in forza di fatto socio-culturale di accettazione»[32], traccia un contesto teso ad esaltare (e, di riflesso, responsabilizzare) l'istituzione familiare, in cui l'educazione del minore è intesa «come un momento del più generale processo di formazione del cittadino»[33].

In questo scenario costituzionale, è il principio inespresso[34] del superiore interesse del minore[35] che, perseguendo il «massimo benessere possibile [del minore] nel caso concreto»[36], ha consentito al legislatore e, soprattutto, alla giurisprudenza di operare una rigenerazione ordinamentale in senso costituzionalmente orientato. Un simile intento ermeneutico è stato perseguito attraverso l'implementazione della portata precettiva del principio personalista[37] in riferimento alla posizione del minore all'interno della famiglia[38] e – di riflesso

---

[31] Gustavo Zagrebelsky, Valeria Marcenò, *Giustizia costituzionale*, Vol. I, cit., p. 124.

[32] Così, Frank Isaac Michelman, *Constitutional Autorship*, in *Constitutionalism, Philosophical Foundations*, ed. by Larry Alexander, Cambridge University Press, Cambridge, 1998, pp. 65-66, citato da Giorgio Bongiovanni, *Costituzionalismo e teoria del diritto,* cit., p. 23, nota n. 58, il quale, in riferimento alla c.d. obbligatorietà della Costituzione, riporta la nota distinzione michelmaniana tra un'obbligatorietà da perseguire in via "esistenziale" (quella per cui la Costituzione è vincolante in forza di un fatto socio-culturale di accettazione), in via "razionale" (la Costituzione è vincolante in quanto prodotto della ragione ritenuta migliore e più giusta) e in via "decisionale" (la Costituzione è vincolante perché è imposta dal soggetto che ha la sovranità).

[33] In tal senso, ancora M. Bessone, *sub Artt. 30 e 31 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, cit., p. 105.

[34] Infatti, il principio del *best interest of the child* rientra a pieno titolo nella categoria di quei principi *inespressi* che, oltre a godere di pari dignità rispetto a quelli esplicitamente sanciti, concorrono a metterne in luce il relativo carattere normogenetico. In materia, cfr. Giorgio Bongiovanni, *Costituzionalismo e teoria del diritto*, cit., p. 33 ss. Sulla dimensione normogenetica dei principi, cfr. Francesco Viola, Giuseppe Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1999, p. 385 ss. Per un'ampia ricostruzione della distinzione tra principi espressi ed inespressi, cfr. Ronald Dworkin, *I diritti presi sul serio*, il Mulino, Bologna, 1982, p. 114 ss. 148 ss., nonché Riccardo Guastini, *Dalle fonti alle norme,* Giappichelli, Torino, 1990.

[35] Per un'ampia e recente ricognizione dei plurimi profili racchiusi in questa definizione cfr. Elisabetta Lamarque, *Prima i bambini. Il principio del* best interest of the child *nella prospettiva costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 2016.

[36] Così Elisabetta Lamarque, *Prima i bambini*, op. ult. cit., p. 38 e *passim*.

[37] Il principio personalista, per come interpretato ed inverato dalla giurisprudenza costituzionale, deve essere considerato il vero e proprio cardine dell'intera impalcatura costituzionale. In tal senso, esso è stato definito come «*il* principio, come ciò che sta appunto all'inizio e, ad un tempo, alla fine del percorso costituzionale che con esso si apre e in esso circolarmente si chiude, perfezionandosi e da sé medesimo giustificandosi» (così, Antonio Ruggeri, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in *www.federalismi.it*, 28 agosto 2013, p. 3.

[38] Evidenzia la duplice trasformazione strutturale cui è andata in contro l'istituzione familiare Giuditta Matucci, *sub Art. 30*, in *La Costituzione italiana*, cit., p. 204, che, in stretta connessione all'evoluzione dei costumi sociali, la dimensione normativa ed interpretativa dell'istituzione familiare

– nella società, la quale ha dato impulso e legittimato una serie di trasformazioni dinamiche di concetti già presenti nel testo costituzionale ma, spesso, non attuati ovvero addirittura ignorati[39]. Infatti, pur non essendo espressamente sancito nella Costituzione formale, il principio del best interest of the child ha messo, per la prima volta, in discussione «l'assolutezza dei diritti del genitore sui figli, riconoscendo al minore la garanzia della titolarità di diritti fondamentali propri, inviolabili finanche da chi può vantare la biologica – ma non per questo incondizionata – pretesa di averli messi al mondo»[40]. Nel caso di specie, come anticipato, il principio del best interest of the child pare tradursi in un vero e proprio diritto all'ascolto del minore che, ancor di più a seguito dell'entrata in vigore della legge n. 219 del 2012, verrebbe a costituire "una modalità, tra le più rilevanti, di riconoscimento del diritto fondamentale del minore ad essere informato ed esprimere la propria opinione e le proprie opzioni nei procedimenti che lo riguardano, costituendo tale peculiare forma di partecipazione del minore alle decisioni che lo investono uno degli strumenti di maggiore incisività al fine del conseguimento dell'interesse del medesimo" (così, il punto n. 11 della sentenza in commento). In tal senso, fondamentale resta la previsione di cui all'art. 336 bis del codice civile che, prescrivendo un vero e proprio diritto all'ascolto della prole, si allinea a quanto statuito dalle Carte internazionali volte alla tutela dei minori, rendendo il menzionato diritto «il principale veicolo di affermazione, e di sviluppo, della personalità individuale: il mezzo attraverso il quale il minore passa dalla sua intrinseca condizione di "debolezza" alla piena affermazione di sé come protagonista attivo delle sue scelte di vita»[41]. E che nel caso di specie non si possa prescindere

---

ha conosciuto una duplice trasformazione strutturale: «la prima sancisce il passaggio dalla visione *oggettivistica* (...) alla concezione *soggettivistica*, a salvaguardia dei diritti individuali dei membri della famiglia; la seconda promuove il superamento della visione, risalente al Codice civile del 1942, incentrata sulla primazia dei genitori, alla concezione improntata all'opposto, sulla centralità dei figli».

[39] Cfr. Antonio Gusmai, *Madre e padre (in)certi*, op. cit., p. 8, il quale, interrogandosi sulla deformalizzazione delle categorie giuridiche e sulla perdurante visione statica delle fonti di produzione normativa, osserva che «le cose sembrano poter andare diversamente, invece, se ci si sforza di considerare l'ordinamento giuridico nella sua *dinamicità*, ovverosia tenendo conto della funzione attiva che gli interpreti-applicatori *fisiologicamente* assumono una volta chiamati, in veste di *co-produttori*, a dare senso e concreto significato a regole e principi fondamentali. In un sistema, non sembra irrilevante e scontato tenerne conto, per giunta non più esclusivamente funzionante all'interno dei rassicuranti confini domestici». Dello stesso A., per una ricostruzione più ampia ed approfondita del carattere dinamico dell'ordinamento (inter)costituzionale, cfr. ID, *Giurisdizione, interpretazione e co-produzione normativa*, Cacucci, Bari, 2015, p. 29 ss.

[40] Antonio Gusmai, *Madre e padre (in)certi: brevi riflessioni sulla "omogenitorialità" a partire da alcune recenti decisioni della giurisprudenza comune in tema di trascrivibilità dell'atto di nascita*, in www.federalismi.it, 29 novembre 2017, p. 17.

[41] Così Giuditta Matucci, *sub Art. 30,* in *La Costituzione italiana*, cit., p. 205. Nella stessa

dall'ascolto del minore – affidato congiuntamente ad entrambi i genitori, con collocamento privilegiato presso la residenza materna – è evidente in ragione di alcune pratiche educative proprie della dottrina geovista che, come ribadito da alcune recenti pronunce della Corte di Cassazione[42], rischiano seriamente di oltrepassare il limite della tollerabilità costituzionale prima enunciata.

Tali riscontri pratici, tuttavia, non possono essere assolutizzati in quanto si tratta di mere eventualità che, come tali, non possono portare ad una loro aprioristica accettazione e conseguente applicazione giudiziaria. In altre parole, la possibilità che l'istruzione religiosa geovista si traduca in simili pratiche limitative della libertà del minore, oltre che compromissorie del relativo processo di inserimento sociale, non può essere assunta come un (altrettanto) indebito automatismo giudiziario, poiché il rilevato superamento del limite di tollerabilità costituzionale potrebbe non essere riscontrato nello specifico caso esaminato ovvero essere realizzato anche da altre confessioni religiose. Pertanto, la Corte d'Appello, cui la causa è stata rinviata, sembra obbligata ad ascoltare il minore e sottoporlo ad un'attenta osservazione: solo così essa potrà pervenire ad una effettiva limitazione della libertà religiosa della madre in un'ottica costituzionalmente adeguata. E tanto, a ciò si potrà giungere evidentemente a seguito di un puntuale accertamento del pregiudizio il quale, di fatto, al minore potrebbe pervenire dall'indottrinamento geovista. Resta, invece, preclusa ogni considerazione astratta e generale sul valore della confessione religiosa in questione[43].

---

prospettiva ermeneutica, cfr. ID, *Lo statuto costituzionale del minore d'età,* Cedam/Wolters Kluwer, Padova-Assiago, 2015, *passim* e Gianni Ballarani, *La capacità auto determinativa del minore nelle situazioni essenziali*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 121.

42 In tal senso, riportando un brano della sentenza della Corte d'Appello in cui l'autorità giudiziaria si interrogava sulla possibilità che una precoce ed intransigente educazione geovista possa effettivamente nuocere alla libera formazione della prole, Cass. civ., sez. I, sentenza 12 giugno 2012, n. 9546 ha rilevato il grave nocumento che, per un bambino che aveva già intrapreso un percorso di formazione cattolica, potrebbe derivare dal ritrovarsi "improvvisamente nell'impossibilità di condividere con i compagni modalità di vita fino a quel momento comuni, di celebrare ricorrenze importanti quali compleanni, feste natalizie, per di più facendosi carico, a seguito degli insegnamenti materni e delle altre figure di riferimento, dell'angoscia di riuscire ad arrivare al Giudizio senza peccato per poter rinascere nel nuovo regno e di pensare il padre escluso da questa possibilità di salvezza" (nello stesso senso, da ultimo, Cass. civ., sez. I, 24 maggio 2018, n. 12954). Da notare che la Suprema Corte di Cassazione ha attenzionato anche pratiche religiose proprie di altre confessioni, come per esempio la circoncisione praticata da alcuni rami dell'ebraismo (cfr. Cass. civ., sez. I, sentenza n. 46300 del 2008): in argomento, importanti spunti di riflessione si trovano in Antonio Licastro, *La questione della liceità della circoncisione "rituale" tra tutela dell'identità religiosa del gruppo e salvaguardia del diritto individuale alla integrità fisica*, in *www.statoechiese.it*, 22/2019, *passim*.

43 Di certo, il fatto che la confessione religiosa geovista non sia ancora pervenuta a stipulare un'intesa e*x* art. 8, c.3 Cost. con lo Stato italiano, non fa che acuire preoccupazioni circa alcune pratiche educative da essa prescritte, in quanto non adeguatamente conosciute ed apprezzate.

Agendo su un concetto dai confini non definiti né aprioristicamente definibili, il giudice di legittimità rischia, tuttavia, di assegnare al suddetto diritto all'ascolto una connotazione eccessivamente rigida, in quanto viene ivi affermato, con non comprovata certezza, che l'ascolto del minore sia, in ogni caso, criterio risolutore e definitivo. Invero, ci si dovrebbe interrogare sulla capacità di un soggetto in tenera età di esternare consapevolmente la propria volontà in una materia, come quella religiosa, così delicata ed intimistica. È vero, infatti, che «secondo la concezione moderna, i diritti sono l'armatura giuridica della volontà»[44], ma è altrettanto evidente che affinché questo diritto possa prevalere rispetto ad un altro di pari rango, è necessario che la volontà che esso è preordinato a tutelare sia realmente individuabile ed esprimibile dal suo titolare. Possibilità, quest'ultima, la cui ricorrenza è decisamente discutibile nel caso in cui, come nella vicenda de qua, il minore abbia addirittura meno di dieci anni. Pertanto, onde evitare di sottoporre la prole all'inutile stress dell'ascolto e della osservazione da parte di psicologi ed ausiliari del giudice (stress che, non secondariamente, si andrebbe ad aggiungere allo shock della separazione dei genitori, accrescendolo e rinnovandolo), la relativa audizione dovrebbe essere configurata come una extrema ratio, cui ricorrere nei soli casi di assoluta impossibilità di (alternativa) risoluzione del caso di specie. Così ragionando, ci si dovrebbe interrogare sulla portata precettiva del dovere genitoriale di "istruire ed educare i figli" che, in un'ottica di fisiologico sviluppo della personalità dei minori, deve scongiurare il trascinamento della prole nella vicenda giudiziaria, attraverso un consapevole esercizio del proprio ruolo e della propria responsabilità di genitori[45] anche nel delicato e traumatico momento della vicenda separativa. Del resto, la stessa Corte Suprema di Cassazione ha avuto modo di rilevare che "l'armonioso sviluppo della personalità" del minore non dipende tanto dall'adozione di un certo provvedimento, peraltro suscettibile di modifiche, "bensì dalla capacità che i genitori avranno di superare se stessi e la conflittualità esistente tra loro per agire nell'interesse del minore" (cfr. Cass. civ., sez. I, ordinanza 13 febbraio 2009).

4. Alcune (brevi) riflessioni conclusive in materia

È risaputo che il principio del preminente interesse del minore ha permesso all'autorità giudiziaria di elaborare, sotto l'egida formale di alcune previsioni costituzionali di principio, soluzioni interpretative se non contra quantomeno

---

[44] Così, Gustavo Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, p. 107.

[45] Evoca la vigenza di un rizomatico principio di responsabilità, in connessione alla concezione c.d. antica dei diritti, Gustavo Zagrebelsky, *Il diritto mite*, op. ult. cit., pp. 112-113, il quale richiama espressamente alla fortunata opera di Hans Jonas, *Il principio di responsabilità*, Einaudi, Torino, 1990.

praeter legem[46], in grado di risolvere contrastanti volontà politico-legislative. Un'evenienza, quest'ultima, che, secondo alcuni Autori, non farebbe che accentuare il già rilevato carattere aristocratico della produzione giudiziaria del diritto[47] ed acuire «il valore normativo dell'attività interpretativo-applicativa del giudice nello Stato (inter)costituzionale di diritto»[48]. Com'è evidente, date le incipienti implicazioni sistemiche che esso involge, il principio del best interest of the child esalta il carattere politico[49] del ruolo che il giudice è chiamato a svolgere in casi che, come quello in questione, rivelano, «in relazione alla finalità e alla funzione», che «i principi [sono] lo strumento giuridico che permette una maggiore tutela dei diritti e l'unità dinamica di un sistema

---

[46] Sulle "sentenze di inammissibilità per discrezionalità del legislatore" (di cui un noto esempio è costituto dalla sentenza n. 138 del 2010, in materia di matrimonio tra persone dello stesso sesso), cfr. Gustavo Zagrebelsky, Valeria Marcenò, *Giustizia costituzionale*, Vol. II, cit., «il dispositivo di inammissibilità discende dalla circostanza che, secondo la Corte, non c'è nulla da impugnare poiché si è di fronte non a una disciplina incostituzionale del matrimonio omosessuale, ma a una non-disciplina».

[47] Utilizza questa evocativa espressione Massimo Luciani, *Interpretazione conforme a Costituzione*, cit., pp. 393-394, il quale evidenzia che «consegnare la norma al giudice, infatti, significa[va], né più né meno, sostituire a un processo nomopoietico democratico un processo aristocratico» e che «è un sottile sentimento antipolitico, una sottile tentazione aristocratica, insomma, che ha alimentato e probabilmente ancora alimenta le dottrine della creatività giudiziaria e ha sorretto la svalutazione del testo degli enunciati legislativi».

[48] Parafrasando Antonio Gusmai, *Il valore normativo dell'attività interpretativo-applicativa del giudice nello Stato (inter)costituzionale di diritto*, in *www.rivistaaic.it*, III/2014. L'Autore, interrogandosi sul rapporto tra legislazione e giurisdizione, tra *legis-latio* e *legis-executio,* nello Stato costituzionale democratico novecentesco, sostiene che «l'attività interpretativa del giudice, essendo destinata ad applicare concretamente le disposizioni del legislatore ad un caso "vivo", reale, non può non avere fisiologicamente anche un valore costitutivo nella produzione della normatività, specie quando il decidente ha a che fare con la ponderazione, il bilanciamento e l'applicazione dei diritti fondamentali» e che «in queste disposizioni il ruolo dell'interprete/applicatore sembra infatti trasformarsi – più propriamente – in una funzione di partecipazione attiva alla produzione legislativa, in cui l'attività dell'interprete appare essere (..) fisiologicamente costitutiva di normatività», 2-3. Si interroga sulla possibilità di individuare «"argini" alla attività di co-produzione normativa da parte dei giudici, ovvero se, ed entro quali limiti, la "creazione" del diritto in via giurisprudenziale possa ritenersi consentita e coerente con il sistema», Raffaele Guido Rodio, *Alcune riflessioni su anomie, lacune e limiti dell'interpretazione giurisprudenziale*, in *www.rivistaaic.it*, 1/2019, *passim*.

[49] Si sofferma sul carattere politico dell'attività giurisdizionale, Temistocle Martines, *Indirizzo politico,* in *Enc. dir., Vol. XXI,* Giuffrè, Milano, 1971, p. 134 ss. In argomento, cfr. Hans Kelsen, *Chi deve essere il custode della Costituzione?* (1931), in *La giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1981, p. 229, ha osservato che «il carattere politico della giurisdizione è tanto più marcato quanto più ampio è il potere discrezionale che la legislazione, generale per natura, le deve necessariamente lasciare»; Antonio Gusmai, *Giurisdizione, interpretazione e co-produzione normativa*, cit., *passim* e ID. *Il giudice, il legislatore e l'opinione pubblica: appunti sulla razionalità sociale dell'ordinamento costituzionale*, in *www.forumcostituzionale.it*, 9 maggio 2016, *passim*; e, in una prospettiva filosofica di impronta analitica, Herbert Hart, *Il concetto di diritto (1961)*, a cura di Mario Cattaneo, Einaudi, Torino, 1965, p. 146 ss.

pluralistico»[50]. Nella ricerca di un simile equilibrio mobile[51] tra principi tutti aventi dignità costituzionale[52], all'autorità giudiziaria non può che essere riconosciuta una certa discrezionalità applicativa che, in ragione delle innegabili interferenze che in materia familiare si registrano tra costumi sociali e dimensione normativa, non può che assegnarle il compito delicatissimo, ma irrinunciabile, di individuare e definire il contenuto ed i limiti del menzionato interesse, nel rispetto degli altri principi costituzionali. Data questa possibilità di specificare, se non già creare[53], il concreto contenuto del principio del

---

[50] Così, Giorgio Bongiovanni, *Costituzionalismo e teoria del diritto*, cit., p. 28.

[51] Celebre, in tal senso, la ricostruzione del rapporto intercorrente tra i vari diritti fondamentali operata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 85 del 2013 sul c.d. caso ILVA, nell'ambito della quale la Consulta, una volta negata la possibilità di configurare una stretta e rigida gerarchia tra i valori costituzionali, ebbe a precisare che i diritti fondamentali devono essere posti in un "rapporto di integrazione reciproca" e che, conseguentemente, la loro tutela deve essere "sempre sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate e in potenziale conflitto tra loro" (punto 9 del *considerato in diritto*).

[52] Insiste sulla necessità di evitare una visione "mitica" dei principi costituzionali Gaetano Silvestri, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari, 2009, p. 113.

[53] Di «convergenze interpretative e non creative di diritto» parla Gustavo Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, il Mulino, Bologna, 2008, p. 410. Tuttavia, proprio il riferimento al principio del superiore interesse del minore ha permesso, in ragione delle nuove possibilità offerte dallo sviluppo tecnico-scientifico, di rendere concretamente reclamabili (perché realizzabili) istanze di c.d. omogenitorialità o, ancor più problematicamente, di maternità surrogata cui alcune autorità giudiziarie, stante la latitanza del legislatore, hanno assegnato una rilevanza ed una giustificazione giuridica (e segnatamente costituzionale). Il riconoscimento giudiziale di alcune siffatte nuove situazioni e formazioni sociali ha così finito per creare una legittima aspettativa di una loro (futura) effettiva regolamentazione in via legislativa. In materia di maternità surrogata, cfr. Antonio Gusmai, *Madre e padre (in)certi*, cit., il quale, all'esito di un ampio inquadramento (inter) costituzionale della problematica dell'omogenitorialità – indagato anche alla luce del principio del superiore interesse del minore – rileva che «lo stesso principio – quello appunto del *best interest* – applicato a casi altamente etico-politici come quello della omogenitorialità, [ha] indotto parte della dottrina a mettere in discussione la sua stessa valenza giuridica, qualificandolo come una "mera clausola di stile *bonne à tout faire*"», 19, così richiamando un'espressione di Barbara Randazzo, *Diritto ad* avere *un genitore v. diritto a* divenire *un genitore alla luce della giurisprudenza della Corte EDU: le trasformazioni degli istituti dell'adozione e della filiazione "sorrette" da un'ambigua invocazione del preminente interesse del minore*, in *www.rivistaaic.it,* I/2017, p. 9; sul tema, cfr., da ultima, Benedetta Liberali, *Il divieto di maternità surrogata e le conseguenze della sua violazione: quali prospettive per un eventuale giudizio costituzionale?,* in *www.osservatorioaic.it,* 5/2019, *passim*. Per un concreto esempio di creazione giurisdizionale del diritto sulla base del principio del *best interest of the child*, celebri, in tal senso, sono i due provvedimenti di riconoscimento della sentenza di adozione straniera pronunciarti dal Tribunale di Firenze (decreto dell'8 marzo 2017) e dalla Corte d'Appello di Trento (ordinanza del 23 febbraio 2017). Al riguardo, per un primo commento, cfr. Angelo Schillaci, *"Una vera e propria famiglia": da Firenze un nuovo passo in avanti per il riconoscimento dell'omogenitorialità*, in *www.articolo29.it*, 13 marzo 2017, e Francesca Paruzzo, Status filiationis *e assenza di legame genetico. La Corte d'Appello di Trento riconosce la validità del certificato di nascita di due gemelli nati in seguito al ricorso alla maternità surrogata da parte di due uomini*, in *www.osservatorioaic.it*, II/2017, *passim*. Indagano sull'evoluzione dell'istituzione familiare, *ex multis*, Tommaso Auletta, *Dai principi costituzionali al*

superiore interesse del minore in relazione al caso di volta in volta esaminato, il compito del giudice è ulteriormente complicato dal fatto che i principi che esso è chiamato a bilanciare, oltre a presentare una fattispecie aperta, si caratterizzano per una congenita non-specificazione delle relative condizioni di applicazione[54]. Nel caso di specie, poi, alle richiamate considerazioni sistemiche si sommano le valutazioni di ordine squisitamente religioso che, lungi dall'assecondare un'impostazione ermeneutica assimilabile alla laïcitè de combat francese, impegnano l'autorità giudiziaria ad effettuare una disamina caso per caso della tollerabilità costituzionale di alcune pratiche educative tipiche di alcune confessioni religiose (come quelle – prime richiamate – proprie dei Testimoni di Geova).

Solo se concepito come diritto del minore ad essere ascoltato e, in tal modo, reso partecipe di decisioni fondamentali riguardanti il proprio sviluppo, con i limiti infra evidenziati, il principio del preminente interesse del minore può portare a limitare la libertà dei genitori di «scegliere il proprio stile educativo, ossia il diritto di crescere i figli secondo i propri convincimenti etici, religiosi e filosofici»[55].

Si tratta di una soluzione che riequilibra il «peso»[56] dei diritti in questione tramite il rigetto di qualsiasi considerazione di carattere assiologico delle confessioni religiose interessate, nell'alveo di una prudente rideterminazione del rapporto intercorrente tra il diritto del minore a ricevere una educazione – anche religiosa – il più possibile scevra da imposizioni valoriali (e confessionali), attraverso l'eguale apporto dei propri genitori, e la libertà di questi ultimi di rendere partecipe il minore della rispettiva fede religiosa. Questa libertà, proprio perché

"diritto vivente". Riflessioni sullo sviluppo del diritto di famiglia e sulle prospettive future, in *www.gruppodipisa.it*, II/2013, *passim* e Andrea Pugiotto, *Alla radice costituzionale dei "casi": la famiglia come società naturale fondata sul matrimonio,* in *www.forumcostituzionale.it*, 29 febbraio 2008, *passim*. Da ultimo, in materia di omogenitorialità cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 221 del 2019, con cui la Consulta ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate in relazione alla impossibilità per le coppie dello stesso di accedere alla procreazione medicalmente assistita.

[54] In tal senso, Francesco Viola, Giuseppe Zaccaria, *Diritto e interpretazione,* cit., 1999, p. 385. Un'operazione ermeneutica, quella affidata all'autorità giudiziaria, che, in un caso come questo, involge considerazioni spesso soggettive e comunque intrise di proprie concezioni assiologiche che sottolineano la delicatezza del compito che il giudice è chiamato a svolgere, atteso che il pluralismo dei valori sottesi ai principi costituzionali apre il problema – enorme – della compatibilità tra i diversi principi nell'implementazione del testo costituzionale. In argomento, cfr. Giorgio Bongiovanni, *Costituzionalismo e teoria del diritto,* cit., spec. p. 16 e pp. 29-30.

[55] Giuditta Matucci, *sub Art. 30*, in *La Costituzione italiana,* cit., 205, la quale evidenzia, inoltre, che si tratta di un «diritto, questo, riconosciuto, altresì, nell'art. 2 Prot. 1 CEDU, trovando un limite (implicito) nel rispetto della personalità del figlio».

[56] Utilizza questa pregnante espressione Nicolai Hartmann, *Ethik (1926)*, de Gruyter, Berlino, 1949, p. 600 ss.

diritto fondamentale dell'individuo, afferente al suo "foro interno", alla sua coscienza e autodeterminazione, non può essere in concreto limitata in nome di un'aprioristica ed incondizionata prevalenza del contrapposto diritto (in tal caso, dell'interesse superiore del minore a proseguire il percorso di formazione cattolica già intrapreso)[57], ma richiede che il suddetto bilanciamento non solo non possa annullare del tutto il diritto così limitato ma, ragionevolmente, in tanto può comportare una sua restrizione in quanto a ciò corrisponda un eguale (e quasi geometrico) incremento di tutela di un diritto di pari rango[58]. È all'esito di una siffatta operazione di bilanciamento tra principi puntualmente confliggenti che, nell'intento di ricercare un risultato ottimale ed ottimizzante, può essere individuata una soluzione razionale e (in quanto tale) proporzionale, in grado di garantire un'adeguata tutela dei diritti in questione[59]. Un bilanciamento che, tuttavia, nell'intento di individuare la strategia educativa migliore possibile per il minore, deve evitare di declinare il suo c.d. superiore interesse in termini di super valore costituzionale[60]. In altre parole, il best interest of the child è sì un principio di rilievo costituzionale ma, come tutti i principi (con la sola eccezione di quello di dignità, vera e propria pietra angolare dell'intera impalcatura costituzionale), non può essere ritenuto ad ogni costo prevalente, sino al punto di annullare contrapposte ed altrettanto (costituzionalmente) legittime istanze di tutela.

---

[57] Sul punto, ad ulteriore conferma della incipiente applicazione che del principio del preminente interesse del minore ha fatto la giurisprudenza di legittimità, la Suprema Corte ha già più volte sottolineato che l'interruzione del già intrapreso percorso di formazione cattolica, inizialmente condiviso da entrambi i genitori, osta al naturale sviluppo di relazioni sociali stabili e serene da parte del minore (così, cfr. Cass. civ., sez. I, sentenza 24 maggio 2018, n. 12954).

[58] In altri termini, «il fatto che un interesse possa avere pure un ruolo, a dir così, di primissimo piano nel bilanciamento con gli altri interessi antagonisti non può mai significare comunque prevalenza assoluta ed incondizionata» (così, Andrea Bonomi, Status *del detenuto e ordinamento costituzionale. Le tecniche di bilanciamento nella giurisprudenza del giudice delle leggi*, Cacucci, Bari, 2018, p. 124). In senso non dissimile dalla prospettiva di integrazione dinamica implementata dalla Consulta con la sentenza n. 85 del 2013 si pone anche l'argomentazione contenuta nella sentenza n. 143 del 2013.

[59] Una precisa ed esaustiva ricostruzione della necessità – costituzionalmente imposta – di pervenire ad un razionale bilanciamento tra principi, in grado di evidenziare la preminente esigenza di proporzionale ponderazione, è compiuta da Giorgio Bongiovanni, *Costituzionalismo e teoria del diritto,* cit., spec. pp. 34-35. L'Autore propone un'approfondita ricostruzione del pensiero di R. Alexy circa la caratterizzazione dei principi come "precetti di ottimizzazione", cui, evidentemente, ci si richiama nel corpo del presente commento. Pertanto, sul punto, non si può che rinviare a Robert Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come motivazione giuridica*, Giuffrè, Milano, 1998, e ID. *Teoria dei diritti fondamentali*, il Mulino, Bologna, 2012.

[60] In tal senso, Francesco Paterniti, *Lo status costituzionale dei* figli, in *www.gruppodipisa.it*, 2013, p. 23, il quale sostiene che «il ruolo dei genitori (nei confronti dei figli) delineato dall'art. 30, co. 1, ove fosse letto in combinato disposto con l'art. 2 Cost., fa sì che la formazione intellettuale e morale dei figli possa essere intesa quale valore costituzionalmente sovraordinato».

Corte di Cassazione, Sezione Civile Prima

Sentenza 21 ottobre 2019, n. 26823

Libertà religiosa – riconoscimento – protezione internazionale – protezione umanitaria – persecuzioni

Con ricorso depositato tempestivamente, O.U.D. cittadino originario del Senegal, impugnava dinanzi al Tribunale di Venezia il provvedimento con cui la Commissione Territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale di Verona, gli aveva negato il riconoscimento della protezione internazionale e di quella umanitaria.

Il ricorrente fondava la sua domanda sul fatto che se fosse tornato al proprio villaggio o nelle vicinanze avrebbe potuto essere ucciso, poichè si era rifiutato di diventare sacerdote della religione professata dal padre, il quale, morendo, aveva lasciato a lui tale incarico, secondo la tradizione.

Il rifiuto del richiedente, in quanto cristiano, aveva innescato minacce e persecuzioni, derivanti anche dal fatto che, per vendetta, egli era stato falsamente accusato di essere omosessuale.

Fonte: *www.laleggepertutti.it*

Corte di Cassazione, Sezione Civile Prima

Ordinanza 26 novembre 2019, n. 30900

Matrimonio canonico – nullità – sentenza ecclesiastica – efficacia civile – prolungata convivenza

Nel caso in cui la convivenza matrimoniale sia durata più di tre anni, la sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio non può essere dichiarata efficace nel nostro ordinamento, poiché ritenuta contraria all'ordine pubblico

La convivenza coniugale durata più di tre anni dalla data delle nozze è da ritenersi ostativa al riconoscimento dell'efficacia in Italia della sentenza canonica di nullità del vincolo matrimoniale, in quanto tale circostanza costituisce un elemento essenziale del rapporto matrimoniale, il quale, si protrae per oltre tre anni, di fatto esclude ogni possibile vizio dell'atto iniziale di celebrazione del matrimonio.

Fonte: *www.dirittoegiustizia.it*

Nullità matrimoniale canonica e contestata prolungata convivenza coniugale

Marco Canonico

Sommario: *1. La rilevanza della prolungata convivenza coniugale nell'attribuzione di efficacia civile alla pronuncia canonica di nullità matrimoniale. – 2. La decisione oggetto d'esame*

1. La rilevanza della prolungata convivenza coniugale nell'attribuzione di efficacia civile alla pronuncia canonica di nullità matrimoniale

Nell'applicazione delle disposizioni contenute nell'Accordo di Villa Madama, che all'art. 8.2 prevede la possibilità di attribuire efficacia civile alle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale, la giurisprudenza italiana ha fornito nel corso del tempo interpretazioni del dato normativo che hanno avuto l'effetto di limitare in misura notevole il riconoscimento delle pronunce canoniche.

In un primo momento le restrizioni hanno riguardato le invalidità di natura simulatoria con l'introduzione del criterio della tutela della buona fede come principio di ordine pubblico in materia matrimoniale[1], con conseguente ostacolo al riconoscimento delle pronunce di invalidità del vincolo fondate sull'esclusione del matrimonio o di sue proprietà o elementi essenziali operata da un solo coniuge, in ragione della necessità di tutelare l'affidamento dell'altra parte in ordine alla validità del vincolo coniugale[2]. Gli effetti di tale restrittivo orientamento vengono solo in parte mitigati dalla precisazione secondo cui, nonostante l'esclusione posta in essere da una parte, è comunque

[1] Cass. sez. un. 1° ottobre 1982 n. 5026 ha ritenuto che la tutela della buona fede e dell'affidamento costituisca esigenza imprescindibile ed inderogabile in materia matrimoniale, rientrando detta tutela nel novero dei principi di ordine pubblico.

[2] 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, 12 marzo 1987 n. 2552, 13 gennaio 1987 n. 142, 22 dicembre 1986 n. 7834, 13 ottobre 1986 n. 5986.

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 escludenti[3], ovvero avrebbe potuto percepirle facendo uso dell'ordinaria diligenza[4]. Secondo la giurisprudenza infatti nell'ipotesi in cui il non simulante ha effettiva conoscenza dell'altrui volontà contra matrimonii substantiam si realizzerebbe una sorta di accordo simulatorio, idoneo ad escludere in capo al non simulante la buona fede e l'affidamento sulla validità del vincolo che contrae; nel caso invece di colposa ignoranza dell'altrui esclusione tale affidamento, pur presente, non sarebbe incolpevole e come tale non risulterebbe meritevole di tutela da parte dell'ordinamento[5].

---

[3] In tal senso, ad esempio, Cass. 25 giugno 2019 n. 17036, 14 febbraio 2019 n. 4517, 5 marzo 2012 n. 3378, 19 ottobre 2007, 8 maggio 2007 n. 10452, 29 aprile 2004 n. 8205, n. 22011, 14 marzo 1996 n. 2138, 8 agosto 1988 n. 4875, 3 giugno 1988 n. 3779, 15 dicembre 1987 n. 9297, 10 giugno 1987 n. 5051, 22 dicembre 1986 n. 7834, 13 ottobre 1986 n. 5986, 7 maggio 1986 n. 3064, 9 dicembre 1985 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.

[4] Cfr., fra le altre, Cass. 25 giugno 2019 n. 17036, 14 febbraio 2019 n. 4517, 2 febbraio 2015 n. 1790, 28 gennaio 2015 n. 1620, 22 maggio 2014 n. 11401, 18 dicembre 2013 n. 28220, 5 marzo 2012 n. 3378, 19 ottobre 2007 n. 22011, 8 maggio 2007 n. 10452, 10 novembre 2006 n. 24047, 7 dicembre 2005 n. 27078, 29 aprile 2004 n. 8205, 16 luglio 2003 n. 11137, 12 luglio 2002 n. 10143, 8 gennaio 2001 n. 198, 16 maggio 2000 n. 6308, 14 marzo 1996 n. 2138, 2 dicembre 1993 n. 11951, 8 agosto 1988 n. 4875, 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.

[5] In entrambe le situazioni considerate si demanda al giudice della delibazione di accertare la conoscenza-conoscibilità della simulazione in capo all'altro coniuge, introducendo tuttavia stringenti limitazioni ai poteri istruttori delle Corti d'Appello. Infatti, a parte l'apertura introdotta dalle pronunce delle Sezioni Unite 17 luglio 2014 nn. 16379 e 16380 per la dimostrazione della circostanza della prolungata convivenza coniugale, la giurisprudenza reputa 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 nel giudizio di delibazione, in quanto prodotti dalle parti. In tal senso, ad esempio, Cass. 25 giugno 2019 n. 17036, 19 ottobre 2007 n. 22011, 10 novembre 2006 n. 24047, 8 gennaio 2001 n. 198, 16 maggio 2000 n. 6308, 13 maggio 1998 n. 4802, 3 giugno 1988 n. 3779, 7 marzo 1998 n. 2530, 14 marzo 1996 n. 2138, 10 gennaio 1991 n. 189, 10 gennaio 1991 n. 188, 19 marzo 1986 n. 1897, 20 novembre 1985 n. 5711, 6 settembre 1985 n. 4644, 23 agosto 1985 n. 4495. Secondo Cass. 10 gennaio 1991 n. 189 l'accertamento della conoscenza-conoscibilità delle altrui intenzioni simulatorie dovrebbe addirittura compiersi con esclusivo riferimento alle risultanze della sentenza delibanda. Tuttavia gli elementi di cui si discute 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, volto specificamente a verificare se sia stata posta in essere l'esclusione da parte del preteso simulante, restando irrilevante la percezione o meno di essa in capo all'altro coniuge. Inoltre a rigore la produzione degli atti del procedimento ecclesiastico risulta preclusa dal divieto di consegna alle parti di copia di tali atti, stabilito dal can. 1598, § 1, del Codice di Diritto canonico e ribadito dall'art. 235 dell'istruzione *Dignitas connubii*. Nel senso di consentire alla Corte d'Appello in sede di delibazione un'apposita attività istruttoria secondo le regole del giudizio ordinario per accertare la conoscenza o conoscibilità della riserva mentale del coniuge non simulante, Cass. 20 maggio 1985 n. 3083, 13 giugno 1984 n. 3535.

Ulteriore correttivo all'operatività del principio della tutela della buona fede e dell'affidamento incolpevole discende dall'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, nell'ipotesi in cui quest'ultimo rinunci a far valere in sede civile le proprie ragioni, non opponendosi al riconoscimento della sentenza ecclesiastica o addirittura invocandolo egli stesso[6], con il risultato di attribuire alla parte privata la disponibilità dell'ordine pubblico che al contrario, in quanto posto a salvaguardia di valori essenziali ed irrinunciabili dell'ordinamento, esigerebbe di essere tutelato sempre e comunque, a prescindere dalla volontà e dagli interessi dei soggetti interessati.

La giurisprudenza ha poi ampliato il margine di discrezionalità del giudice della delibazione nel momento in cui, con riferimento alle differenze esistenti fra la disciplina canonica e quella civile in materia matrimoniale, ha introdotto la distinzione fra 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 petendi della domanda accolta, non sono in alcun modo assimilabili a quelli che in astratto potrebbero avere rilievo o effetti analoghi in Italia", ed 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". In virtù della menzionata distinzione è stato sancito il principio secondo cui "impediscono l'esecutività in Italia della sentenza 'ecclesiastica' solo le incompatibilità assolute, potendosi superare quelle relative, per il peculiare rilievo che lo Stato si è impegnato con la Santa Sede a dare a tali pronunce"[7].

---

[6] Fra le pronunce della Cassazione in tal senso: 25 giugno 2009 n. 14906, 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, 11 giugno 1997 n. 5243, 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 rilevanza sulla pronuncia di delibazione.

[7] Cass. sez. un. 18 luglio 2008 n. 19809. In dottrina, per osservazioni in marito a 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.statoechiese.it*), marzo 2009, pp.

In tempi più recenti, nella prospettiva del riconoscimento delle nullità matrimoniali canoniche la giurisprudenza ha attribuito rilevanza alla durata dell'unione sponsale, qualificando la prolungata convivenza coniugale come principio di ordine pubblico, ostativa in quanto tale alla delibazione delle sentenze ecclesiastiche.

Alla base di detto orientamento sta ancora una volta la differente disciplina esistente nei due ordinamenti in materia matrimoniale. Al fine 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 vincolo coniugale è soggetta a termini di decadenza, al contrario della nullità canonica che, in quanto assoluta ed insanabile, è rilevabile senza limiti di tempo. Va inoltre considerato come, al di là delle differenze esistenti sul piano della proponibilità dell'azione, l'ordinamento statale attribuisca valore prevalente al matrimonio-rapporto, mentre nel giudizio ecclesiastico sulla validità del vincolo viene in considerazione esclusivamente il matrimonio-atto, senza che abbiano rilievo, almeno sotto il profilo sostanziale, la durata e la consistenza della successiva vita coniugale.

La giurisprudenza statale in passato riteneva che tale differenza di disciplina non presentasse profili di contrasto con l'ordine pubblico e di conseguenza si potesse attribuire efficacia civile alla pronuncia canonica di nullità matrimoniale nonostante la declaratoria di invalidità del vincolo fosse intervenuta a distanza di molti anni dalla celebrazione del matrimonio, sul presupposto che la prolungata permanenza nel rapporto coniugale non potesse avere effetto sanante dell'invalidità iniziale né potesse essere interpretata come rinuncia a far valere l'originaria causa di nullità. In tal senso si era formato un orientamento

---

1-24; Nicola Bartone, *Il pronunciato incostituzionale sulla (in)delibabilità ecclesiastica della Corte di Cassazione, a sez. un. civ., del 18 luglio 2008 n. 19809*, in *Dir. famiglia*, 2009, pp. 577-585; Id., *Pronunciato incostituzionale sulla (in)delibabilità ecclesiastica della Corte di Cassazione Sezioni Unite Civili*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), ottobre 2008, pp. 1-11; Stefano Bartone, *Il diverso trattamento del matrimonio religioso e delle Religioni nella sentenza sull'Ordine Pubblico delle Sezioni Unite Civili n. 19809/08*, in *Diritto e religioni*, n. 7, 2009/1, pp. 696-708; Marco Canonico, *Sentenze ecclesiastiche ed ordine pubblico: l'ultimo* vulnus *inferto al Concordato dalle Sezioni Unite*, in *Dir. famiglia*, 2008, pp. 1895-1931; Anna Maria De Tullio, *Non delibabile la sentenza ecclesiastica di annullamento se l'infedeltà è precedente al matrimonio*, in *Guida al diritto*, 2008, n. 39, pp. 66-68; Paolo Di Marzio, *Sezioni unite e limiti alla delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*, in *Dir. famiglia*, 2009, pp. 542-577; Fabio Franceschi, *Sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale, dolo, errore, ordine pubblico. Note in margine ad una recente sentenza delle sezioni unite della Suprema Corte*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, pp. 617-638; Enrico Giarnieri, *Sulla delibabilità delle sentenze ecclesiastiche di nullità di matrimonio per errore indotto da dolo*, in *Dir. famiglia*, 2010, pp. 21-32; Stefania La Rosa, *Infedeltà prematrimoniale, errore sulle qualità del coniuge e delibazione della sentenza ecclesiastica*, in *Famiglia e dir.*, 2009, pp. 13-20; Natascia Marchei, *Ordine pubblico e delibazione delle sentenze ecclesiastiche*, in *Fam. pers. e succ.*, 2009, pp. 220 ss.

costante e consolidato, avallato anche da pronunce della Corte di Cassazione a sezioni unite[8].

In maniera innovativa rispetto a tale interpretazione è intervenuta Cass. 20 gennaio 2011 n. 1343, pronunciata a sezione semplice, che ha al contrario ritenuto "ostativa alla delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio, pronunciata a motivo del rifiuto della procreazione, sottaciuto da un coniuge all'altro, la loro particolarmente prolungata convivenza oltre il matrimonio" 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"[9].

In analoga direzione Cass. 8 febbraio 2012 n. 1780 che, richiamando la menzionata decisione, precisa che, "pur meritando adesione l'indirizzo giu-

---

[8] 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, 19 febbraio 1991 n. 1709, 17 giugno 1990 n. 6551, 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, 19 gennaio 1987 n. 404, 15 gennaio 1987 n. 241, 1° agosto 1986 n. 4916, 1° agosto 1986 n. 4908, 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, 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.

[9] In dottrina, sui contenuti e le problematiche sollevate da Cass. 20 gennaio 2011 n. 1343, Marco Canonico, *La convivenza coniugale come preteso limite all'efficacia civile della sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale*, in *Dir. famiglia*, 2011, pp. 726-727; Giuseppe Dalla Torre, *La C.S.C., 20 gennaio 2011 n. 1343, nega la delibabilità di una sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale intervenuta dopo molti anni di convivenza*, in *Dir. famiglia*, 2011, pp. 1644-1649; Paolo Di Marzio, *A volte ritornano: la Cassazione ripropone la tesi che la sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale non può essere delibata dopo anni di convivenza dei coniugi*, in *Dir. famiglia*, 2011, pp. 734-737; Mario Finocchiaro, *Sulla non contrarietà all'ordine pubblico si era formato il giudicato interno*, in *Guida al diritto*, 2011, n. 7, pp. 73-77; Natascia Marchei, *Delibazione delle sentenze ecclesiastiche e (prolungata) convivenza tra i coniugi*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), gennaio 2012, pp. 5-6, 16-20; Id., *Ordine pubblico matrimoniale e «convivenza» dopo la celebrazione del matrimonio (commento a Cass. civ., sez. I, sent. 20 gennaio 2011, n. 1343)*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2011, pp. 818-829; Jlia Pasquali Cerioli, *«Prolungata convivenza» oltre le nozze e mancata 'delibazione' della sentenza ecclesiastica di 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.

risprudenziale 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 decisione 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"[10].

A pochi mesi di distanza interviene in senso contrario la pronuncia del 4 giugno 2012 n. 8926, nella quale la Corte di Cassazione 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", precisando come il disposto dell'art. 123, secondo comma, c.c., che impedisce l'impugnazione del matrimonio decorso un certo periodo di tempo, "piuttosto che prevedere una sanatoria del "matrimonio-atto" ad opera del "matrimonio-rapporto", configurerebbe una presunzione iuris et de iure, in assenza di impugnativa entro l'anno, di inesistenza della simulazione". Sulla base di tali considerazioni 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"[11].

---

[10] 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.

[11] 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*

Un'ulteriore pronuncia, Cass. 15 giugno 2012 n. 9844, ritiene 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)".

Il contraddittorio scenario giurisprudenziale venutosi a creare a seguito delle ricordate pronunce richiedeva evidentemente una chiarificazione, demandata alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, le quali si sono pronunciate sul punto con le sentenze 17 luglio 2014 nn. 16379 e 16380, di identico tenore nelle motivazioni addotte e nei principi di diritto enunciati[12]. In dette

---

matrimonio concordatario, in *Foro padano*, 2013, I, cc. 143-157; Giuseppe Dalla Torre, *"Specificità dell'ordinamento canonico" e delibazione delle sentenze matrimoniali ecclesiastiche*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), novembre 2013, pp. 1-15; Marcella Fiorini, *Il mancato rispetto dei precedenti a sezioni Unite indebolisce la funzione nomofilattica della Corte*, in *Guida al diritto*, 2012, n. 26, pp. 50-54; Luca Iannaccone, *Il Concordato (per ora) è salvo: la Cassazione rispetta gli Accordi di Villa Madama*, in *Famiglia e dir.*, 2013, pp. 24-40; Graziano Mioli, *Alcune riflessioni sulla convivenza coniugale quale elemento ostativo alla delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale alla luce di una recente sentenza (Cass., 4 giugno 2012, n. 8926)*, in *Ius Ecclesiae*, 2013, pp. 268-288; Id., *La convivenza coniugale quale elemento ostativo alla delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale alla luce delle recenti evoluzioni giurisprudenziali*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), ottobre 2012, pp. 1-46.

[12] 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 matrioske di piazza*

decisioni il Giudice di legittimità fa leva sul valore preminente da attribuire al matrimonio-rapporto nell'ordinamento statale, sottolineando che "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".

Le Sezioni Unite specificano quindi che il concetto di convivenza coniugale, ai fini che interessano in sede di delibazione, deve essere qualificato da requisiti particolari, ravvisati nella esteriorità e nella stabilità.

Riguardo al primo profilo si chiarisce che, per essere rilevante, 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.".

Per quanto concerne poi la stabilità della convivenza, si specifica che "tale qualità – pur concordemente evocata… dalla giurisprudenza costituzionale e dalle 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

---

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/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 nomofilachia e "nomofantasia"*, in *Dir. famiglia*, 2014, pp. 1416-1446; Lucia Graziano, *Per le Sezioni Unite la stabile convivenza coniugale ultra-triennale è situazione giuridica d'ordine pubblico ostativa alla 'delibazione' di sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*, in *Famiglia e dir*., 2015, pp. 228-234; 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; Jlia Pasquali Cerioli, *Ordine pubblico e sovranità della Repubblica nel proprio ordine (matrimoniale): le Sezioni unite e la convivenza coniugale triennale come limite alla "delibazione" delle sentenze ecclesiastiche*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), settembre 2014, pp. 1-23; 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.

dalla celebrazione del matrimonio, trascorso il quale dalla convivenza coniugale con dette caratteristiche può legittimamente inferirsi anche una piena ed effettiva "accettazione del rapporto matrimoniale", tale da implicare anche la sopravvenuta irrilevanza giuridica dei vizi genetici eventualmente inficianti l'"atto" di matrimonio, che si considerano perciò "sanati" dall'accettazione del rapporto". Per la determinazione di tale durata le Sezioni Unite, nella ritenuta assenza 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 pertanto 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"[13].

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 interviene obbligatoriamente nei giudizi di delibazione. Si è infatti stabilito 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

[13] Le pronunce di cui trattasi precisano 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"…*".

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…"[14].

Ma l'affermata natura di eccezione in senso stretto significa altresì che, in presenza di una pronuncia di nullità matrimoniale, la circostanza della prolungata convivenza coniugale non possa essere rilevata neppure dal giudice della delibazione, nonostante costituisca compito specifico del medesimo accertare il mancato contrasto con l'ordine pubblico.

2. *La decisione oggetto d'esame*

La giurisprudenza di legittimità, dopo le ricordate sentenze a sezioni unite nn. 16379 e 16380 del 2014, si è sinora uniformata al principio di diritto in esse espresso, ritenendo che la convivenza ultratriennale dei coniugi costituisca situazione giuridica rilevante ai fini del contrasto con l'ordine pubblico della sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale, in maniera tale da impedire l'attribuzione di efficacia civile alla pronuncia canonica[15].

È stata altresì confermata l'interpretazione secondo cui "la convivenza come coniugi come situazione giuridica d'ordine pubblico ostativa alla di-

---

[14] 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.

[15] In tal senso, ad esempio, Cass. 8 ottobre 2018 n. 24729, 30 ottobre 2018 n. 27486, 15 maggio 2018 n. 11808, 19 dicembre 2016 n. 26188, 4 ottobre 2016 n. 19811, 28 gennaio 2015 n. 1622, 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).

chiarazione di efficacia nella repubblica italiana delle sentenze definitive di nullità di matrimonio pronunciate dai tribunali ecclesiastici, deve qualificarsi siccome eccezione in senso stretto (exceptio iuris) opponibile da un coniuge alla domanda di delibazione proposta dall'altro coniuge"[16].

Per quanto concerne la dimostrazione della circostanza oggetto dell'eccezione in questione, per un verso è stato ribadito che compete al "coniuge convenuto nel giudizio di delibazione interessato a farla valere… l'onere sia di allegare fatti e comportamenti dei coniugi specifici e rilevanti idonei ad integrare detta situazione giuridica di ordine pubblico, sia di dimostrarne la sussistenza in caso di contestazione mediante la deduzione di pertinenti mezzi di prova anche presuntiva"[17]. Ma è stato anche stabilito che "il requisito della convivenza ultratriennale dei coniugi dopo la celebrazione del matrimonio può e deve essere smentito solo da una prova contraria a carico di chi agisce per il riconoscimento della sentenza di nullità del matrimonio concordatario, una volta che sia incontestata la fissazione di una comune residenza anagrafica dei coniugi e la volontà di instaurare un rapporto coniugale effettivo"[18]. Con l'ulteriore precisazione che, "ai fini dell'accertamento della convivenza ultratriennale come elemento ostativo alla delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale, la sussistenza di una buona qualità della vita in comune, basata su solidarietà ed affetti, è del tutto irrilevante"[19].

All'interno del rappresentato panorama giurisprudenziale si segnala tuttavia per una certa originalità di contenuti la pronuncia oggetto di considerazione, ovvero Cass. 26 novembre 2019 n. 30900[20], la quale, sebbene non si discosti dall'orientamento dettato dalle Sezioni Unite nel 2014 quanto alla ritenuta rilevanza della convivenza coniugale ultratriennale quale ostacolo alla delibazione delle nullità matrimoniali canoniche, offre tuttavia un'applicazione singolare del principio di diritto sancito in materia.

Oggetto centrale della decisione è la valutazione circa la sussistenza o meno della prolungata convivenza coniugale, da cui dipende la riconoscibilità della sentenza ecclesiastica di nullità del vincolo. Per quanto si evince dal tenore del provvedimento, a seguito dell'eccezione sollevata da parte convenuta

---

[16] Cass. 12 settembre 2018 n. 22218. Nello stesso senso, Cass. 8 ottobre 2018 n. 24729, 19 dicembre 2016 n. 26188, 28 gennaio 2015 n. 1622.

[17] Cass. 12 settembre 2018 n. 22218.

[18] Cass. 8 febbraio 2017 n. 3315.

[19] Cass. 24 maggio 2017 n. 13120.

[20] In dottrina, per osservazioni sulla pronuncia in esame, Alessandro Ceserani, *La Cassazione torna su convivenza e delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*, in *www.olir.it*, 11 dicembre 2019.

la Corte di merito aveva rigettato la domanda di delibazione ed il ricorrente dinanzi al Giudice di legittimità ha lamentato l'insussistenza, nella fattispecie, della circostanza in questione con i requisiti prescritti dalle Sezioni Unite, ovvero stabilità ed esteriorità, facendo leva sull'esistenza di una sua relazione adulterina e di una relazione con la moglie come da separati in casa a partire da pochi mesi dopo le nozze, sostenendo altresì la mancata continuità della convivenza coniugale e comunque la caratterizzazione della stessa come espressione di un matrimonio meramente formale.

La Corte di Cassazione rigetta il ricorso nella dichiarata applicazione del principio di diritto sancito dalle Sezioni Unite sulla rilevanza della prolungata vita coniugale, precisando che "il dato incontroverso (come nel caso in esame) della convivenza continuativa ultratriennale non può essere messo in discussione, al fine di escludere la condizione ostativa al riconoscimento in Italia della sentenza di annullamento ecclesiastico del matrimonio, deducendo una non adesione affettiva al rapporto di convivenza da parte di uno o di entrambi i coniugi". In altri termini, per superare l'eccezione di parte convenuta che faccia leva sulla convivenza coniugale ultratriennale non viene ritenuto sufficiente che parte attrice sostenga e dimostri che in effetti la relazione sponsale fosse stata mera apparenza.

Secondo la decisione in esame serve altro per vincere l'eccezione di cui trattasi, e precisamente "occorre perché tale dedotta mancanza di affectio coniugalis sia rilevante che entrambi i coniugi la riconoscano, al momento della proposizione della domanda di delibazione, ovvero che gli stessi abbiano manifestato inequivocamente all'esterno la piena volontà di non considerare la convivenza come un elemento fondamentale integrativo della relazione coniugale ma come una semplice coabitazione", sicché anche la "mancanza di adesione affettiva può acquistare rilevanza giuridica solo se viene concordemente riconosciuta e manifestata all'esterno in modo da privare alla convivenza ogni valenza riconducibile all'estrinsecazione del rapporto coniugale"[21]. Ne consegue, stando alle affermazioni della Corte, che solo qualora entrambe le parti riconoscano che la convivenza coniugale non presenta i caratteri della stabilità ed esteriorità si potrà ravvisare una situazione ostativa al riconoscimento della nullità canonica. Ma il problema si pone proprio nelle ipotesi in cui non vi sia accordo delle parti sul punto, altrimenti si avrebbe una comune intenzione pro

[21] In maniera analoga a quanto specificato da Cass. 24 maggio 2017 n. 13120 circa il mancato rilievo della buona qualità della vita in comune, viene in questa sede precisato che nella prospettiva considerata "*appare irrilevante accertare se l'unione fra i coniugi nel periodo di convivenza ultratriennale sia stata più o meno felice ovvero se vi sia stata una parziale o integrale non adesione affettiva da parte dei coniugi al dato fattuale della convivenza*".

o contro la delibazione della sentenza ecclesiastica. È infatti nei casi in cui una parte invochi il riconoscimento di detta sentenza e l'altra voglia ostacolarlo che sorge la necessità di valutare il fondamento dell'eccezione avente ad oggetto la prolungata convivenza.

D'altra parte sono le stesse Sezioni Unite ad aver precisato che si tratta di eccezione che compete alla parte convenuta, costruzione che presuppone e legittima la possibilità di un contrasto tra le parti sul punto e di un contraddittorio al riguardo. Al contrario, la decisione oggetto di specifica considerazione suppone che non possa sussistere tale diversità di posizione processuale dal momento che pretende, per ritenere inefficace la circostanza di cui si discute, che entrambi i coniugi ne ravvisino l'inconsistenza. Eppure, se di eccezione di parte si tratta, tale natura legittima la possibilità di posizioni processuali differenti in capo alle parti. E va da sé che, se è consentito agli interessati assumere diversi atteggiamenti nel giudizio di delibazione, il necessario rispetto del principio del contraddittorio imponga di consentire a ciascuna parte di dimostrare il fondamento delle rispettive domande ed eccezioni[22], mentre gli assunti che scaturiscono dall'annotata decisione, con la pretesa di una comune ammissione di sostanziale inconsistenza della vita coniugale, finiscono per impedire all'attore di confutare l'eventuale eccezione di parte convenuta.

Ed anzi, stando alle affermazioni contenute in sentenza, nelle quali per vincere l'evidenza di una convivenza coniugale ultratriennale si postula la necessità di "una ricognizione comune ed esteriorizzata della esclusione del carattere coniugale della convivenza", sembrerebbe addirittura che per paralizzare la domanda di delibazione non sia più neppure necessario corredare l'apposita eccezione con la specificazione ed eventuale dimostrazione dei fatti a sostegno della stessa, come invece richiesto dalle Sezioni Unite. Infatti, una volta che l'eccezione sia stata tempestivamente sollevata, a determinare il rigetto della domanda di delibazione parrebbe sufficiente la mancanza di concorde riconoscimento dell'inconsistenza sostanziale della pur prolungata vita coniugale, riconoscimento che del resto è assurdo immaginare possa provenire dal soggetto che si oppone alla pretesa di parte attrice.

---

[22] Alessandro Ceserani, *La Cassazione torna su convivenza e delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*, cit., osserva in proposito che "*l'accertamento del giudice di merito, sempre secondo l'insegnamento delle S.U., non deve limitarsi al superamento del limite temporale individuato in tre anni, ma appunto rivolgersi all'intrinseca ed effettiva realizzazione della comunione spirituale e materiale, sostenuta dai doveri di responsabilità e solidarietà indicati dalla legge. Ne consegue che, una volta prospettata tempestivamente la predetta eccezione – la quale, si ricorda, deve essere considerata "in senso stretto", e quindi onere di chi invoca la convivenza come condizione ostativa alla delibazione – il giudice dovrà verificare l'allegazione di fatti specifici e rilevanti riguardanti l'effettività della convivenza coniugale e, in caso di contestazione, dovrà essere condotto sulla base delle deduzioni probatorie di parte, un puntuale accertamento istruttorio*".

Sotto altro aspetto la decisione in esame suscita un ulteriore motivo di perplessità. Nella stessa infatti per conferire rilevanza alla mancanza di affectio coniugalis si richiede una concorde ammissione in tal senso da parte di entrambi i coniugi "al momento della proposizione della domanda di delibazione". Parrebbe dunque, stando alla lettera del provvedimento, che il mero difetto di tale concorde ammissione sia di per sé sufficiente a determinare l'operatività della convivenza coniugale ultratriennale come ostacolo alla delibazione della sentenza ecclesiastica, anche a prescindere dalla formulazione della relativa eccezione ad opera della parte convenuta. In altre parole, secondo l'interpretazione adottata nella pronuncia di cui si discute, in presenza di risultanze formali indicanti una vita matrimoniale di una certa durata, quale ad esempio il lasso di tempo intercorrente tra la celebrazione delle nozze e la domanda di separazione personale dei coniugi, ad impedire il riconoscimento della nullità canonica sarebbe sufficiente che il quadro circostanziale non sia confutato da entrambe le parti, anche senza che vi sia specifica eccezione processuale in tal senso. In tal modo sarebbe il giudice della delibazione a poter rilevare d'ufficio il contrasto con l'ordine pubblico e conferire rilevanza alla prolungata convivenza coniugale, ma tale modalità operativa si pone in aperto contrasto con l'insegnamento delle Sezioni Unite secondo cui, come sopra ricordato, l'elemento in questione deve qualificarsi come oggetto di eccezione in senso stretto, nell'esclusiva disponibilità della parte privata convenuta in giudizio e non rilevabile autonomamente dal giudice. Anche sotto tale profilo l'applicazione dei sanciti principi di diritto operata dalla decisione in commento si rivela quanto meno opinabile.

Corte di Cassazione, Sezione Civile Prima

Ordinanza 27 novembre 2019, n. 30969

Status di rifugiato – riconoscimento – protezione internazionale – persecuzioni – libertà religiosa

Requisito essenziale per il riconoscimento dello "status" di rifugiato è il fondato timore di persecuzione "personale e diretta" nel Paese d'origine del richiedente a causa della razza, della religione, della nazionalità, dell'appartenenza a un gruppo sociale ovvero per le opinioni politiche professate; il relativo onere probatorio – che riceve un'attenuazione in funzione dell'intensità della persecuzione – incombe sull'istante, per il quale è tuttavia sufficiente dimostrare, anche in via indiziaria, la "credibilità" dei fatti allegati, i quali, peraltro, devono avere carattere di precisione, gravità e concordanza.

Fonte: *www.laleggepertutti.it*

Tribunale di Pavia

Ordinanza 27 novembre 2019

Residenza – bonus famiglia – Regione Lombardia – bando – discriminazione

Il requisito di cinque anni di residenza nella Regione Lombardia previsto dalla DGR X/6711/2017 per entrambi i genitori che facciano domanda di bonus famiglia costituisce discriminazione perché destinato ad incidere quasi esclusivamente sui cittadini stranieri extra UE poiché la diversa residenza dei genitori extra UE è spesso la regola, essendo del tutto eccezionale il caso che l'intero nucleo familiare possa fare ingresso contemporaneamente sul territorio nazionale, ed essendo invece normale il caso di un coniuge che fa ingresso successivamente all'altro in seguito al ricongiungimento familiare ex art. 29 TUI spesso a distanza di tempo.

Fonte: *www.asgi.it*

Presentazione

La presente sezione di "Legislazione e giurisprudenza costituzionale e comunitaria" comprende sei pronunce: quattro della Corte EDU e due della Corte costituzionale italiana.

Nel caso *Comunità religiosa dei Testimoni di Geova di Kryvyi Rih's Ternivsky v. Ucraina*, la Corte ha dichiarato l'illegittimità, per violazione dell'art. 9 della CEDU (diritto alla libertà religiosa) e dell'articolo 1 del Primo Protocollo Aggiuntivo, della condotta adottata dal Consiglio comunale di Kryvyi Rih's Ternivsky nei confronti della locale comunità dei testimoni di Geova. Il Consiglio non aveva consentito la costruzione di un nuovo luogo di culto e non aveva firmato la locazione della proprietà, nonostante un ordine emesso in esito ad un accertamento svolto dai tribunali nazionali, dal quale risultava acclarato il rispetto dei requisiti legali nazionali per tale permesso.

Nel suo percorso argomentativo, la Corte ha posto in evidenza il dato secondo cui, quantunque la Convenzione non garantisca il diritto ad ottenere un luogo di culto in quanto tale, le restrizioni allo stabilimento di luoghi il culto possono costituire un'interferenza con il diritto garantito dall'articolo 9 della CEDU, dal momento che la possibilità di utilizzare gli edifici come luoghi di culto è importante per la partecipazione alla vita della comunità religiosa e, quindi, per il diritto alla manifestazione della religione. Per altro verso, essa ha disatteso le osservazioni prospettate dal governo ucraino, secondo cui il diniego alla costruzione di un luogo di culto sarebbe stato un semplice effetto dell'applicazione di norme neutrali generalmente applicabili. Rispetto a questa impostazione, appare utile ricordare anche il *dissenting* del giudice Vehabović, il quale ha osservato che il Comune si sarebbe limitato a negare il permesso di trasformare una casa adibita a civile abitazione in un luogo di culto, senza imporre ulteriori obblighi alla comunità in questione, sicché il richiamo all'art. 9 della CEDU sarebbe da escludere.

Nel caso *Mushfig Mammadov e altri c. Azerbaïdjan*, i giudici di Strasburgo hanno ritenuto leso il diritto all'obiezione di coscienza prospettato dai ricorrenti, condannati per essersi rifiutati, il forza delle proprie convinzioni religiose, di prestare servizio militare. La Corte ha censurato, in particolare, l'inerzia legislativa sul versante dell'introduzione di una normativa generale sull'obiezione di coscienza (con cui si sarebbe dovuto procedere, tra l'altro, all'individuazione dei servizi alternativi a quello armato), nonché la vaghezza della previsione penalistica che incrimina il rifiuto di prestare servizio mili-

tare, allorché la condotta sia priva di "fondamento giuridico". Tale formula è apparsa ai giudici di Strasburgo indefinita e, comunque, inidonea a preservare la libertà di coscienza dei ricorrenti. Su queste premesse, la Corte, appellandosi all'obbligo configurabile in capo allo Stato di offrire piena tutela al diritto in oggetto, ha sollecitato un intervento del legislatore.

Nel caso *Tagiyev e Huseynov v. Azerbaijan*, la Corte ha ritenuto leso il diritto alla libertà di espressione di cui all'art. 10 della CEDU in occasione della condanna penale subita da uno scrittore e dal capo redattore di una testata giornalistica per avere pubblicato un articolo, i cui contenuti avrebbero integrato gli estremi del reato di incitamento all'odio e all'ostilità etnici, razziali, sociali o religiosi (art. 283 c.p. azero). Nel considerare l'interferenza dell'intervento statale con il diritto in questione, i giudici hanno preso in considerazione anche la gravità delle sanzioni inflitte ai ricorrenti (rispettivamente, tre e quattro anni di reclusione), stante anche la possibilità di utilizzare altri mezzi di intervento, nonché l'impatto di tali misure sulla libertà di discutere apertamente questioni relative alla religione e al suo ruolo nella società.

Nel caso *Aghanyan e altri v. Armenia*, la Corte ha accolto il ricorso di alcuni testimoni di Geova, i quali avevano rifiutato di prestare sia il servizio militare, che quello civile, previsto in alternativa al primo con riguardo agli obiettori di coscienza, sul presupposto che quest'ultimo non fosse di natura "genuinamente" civile e che, comunque, si ponesse in contrasto con la loro coscienza. Alla luce di un'attenta analisi dei fatti e del dato normativo, i giudici hanno ritenuto di dover accogliere i reclami, rivelando questi una violazione evidente dell'art. 9 della CEDU.

Con riguardo alla giurisprudenza costituzionale italiana, è da segnalare la sentenza n. 242 del 2019, in cui la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. «nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento) – ovvero, quanto ai fatti anteriori alla pubblicazione della presente sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, con modalità equivalenti nei sensi di cui in motivazione –, agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente». La pronuncia si colloca in stretta continuità con l'ord. 207 del 2018, con cui la Corte aveva disposto il rinvio di un anno nella trattazione

della questione di legittimità della norma in questione, al fine di «consentire in primo luogo al Parlamento di intervenire con un'appropriata disciplina». Fin d'allora, peraltro, essa aveva rilevato come se, per un verso, «non è, di per sé, contrario alla Costituzione il divieto sanzionato penalmente di aiuto al suicidio», tuttavia, «occorre considerare specifiche 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», situazioni che l'assetto normativo concernente il fine vita allora vigente lasciava prive di adeguata tutela, quantunque costituzionalmente meritevoli di protezione e da bilanciare con altri beni costituzionalmente rilevanti.

Nella sent. n. 254 del 20198 (sulla quale v. la nota di M. Croce), infine, la Corte costituzionale ha dichiarato illegittime due disposizioni in materia di localizzazione dei luoghi di culto, introdotte in materia urbanistica dalla legge regionale della Lombardia n. 2 del 2015, novellando la disciplina urbanistica previgente (legge n. 12 del 2005). In ordine alla prima norma, le censure della Consulta si sono appuntate sul dato secondo cui essa avesse sottoposto l'apertura di qualsiasi nuovo luogo di culto all'esistenza di una disciplina di piano (Piano per le attrezzature religiose – Par), che riguardava indistintamente tutte le nuove attrezzature religiose, a prescindere dal loro impatto urbanistico, nonché sul regime differenziato irragionevolmente riservato alle sole attrezzature religiose e non alle altre opere di urbanizzazione secondaria. In merito alla seconda disposizione, invece, la Corte ha osservato come essa avesse subordinato l'adozione del Par alla contestuale previsione del Piano di governo del territorio (Pgt); tale necessaria contestualità e il carattere del tutto discrezionale del potere del Comune di procedere alla formazione del Pgt avrebbero reso assolutamente incerta e aleatoria la possibilità di realizzare nuovi luoghi di culto. Entrambe le previsioni finivano così per determinare una forte compressione della libertà religiosa (che comprende anche la libertà di culto e, con essa, il diritto di disporre di spazi adeguati per poterla concretamente esercitare), senza che a ciò corrispondesse alcun reale interesse di buon governo del territorio.

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

Case of religious community of jehovah's witnesses of kryvyi rih's ternivsky district v. Ukraine (Application no. 21477/10)- final decision 3/12/2019

The facts

(…)5. In 2004 the applicant community purchased from private individuals a single-family one-story residential house of 50 sq. m, with annexes, on Pokrysheva Street in the Ternivsky district of Kryvyi Rih ("the city"). It purchased the property with the purpose of subsequently erecting a place of worship, a "Kingdom Hall".

(…)B. The applicant community's attempts to obtain rights to land and planning approvals to build a place of worship.

(…)19. On 14 February 2007 the applicant community lodged a claim against the City Council, seeking to have its inaction declared unlawful.

(…)24. In January 2008 the applicant community lodged a second claim against the City Council, seeking (i) to have it declared that it had the right to lease the plot of land in question.

(…)42. The applicant community complained of a violation of Article 9 of the Convention, which reads.

(…)1. **The Government**

43. The Government submitted that general legislation which applies on a neutral basis without any link whatsoever to an applicant's personal beliefs cannot in principle be regarded as an interference with his or her rights under Article 9 of the Convention (citing Skugar and Others v. Russia (dec.), no. 40010/04, 3 December 2009). Ukrainian legislation provided that allocation of land was within city councils' jurisdiction and this jurisdiction extended to all "participants in land relations" irrespective of their nationality, language, religious views or other factors.

(…)2. **The applicant community**

44. While the applicant community was indeed using the residential building for its religious needs, it was totally inadequate for its purposes as it did not meet the basis needs of adequate space for the more than 240 Jehovah's Witnesses it represented. It did not have adequate plumbing, sewage, electricity, ventilation and lighting for a building used for public meetings. This placed the community in a "situation of perceived inferiority" vis-à-vis other mainstream religions-

(…)**The Court's assessment**

49. While the Convention does not guarantee the right to be given a place of worship as such (see Griechische Kirchengemeinde München and Bayern E.V. v. Germany (dec.), no 52336/99, 18 September 2007), restrictions on establishment of places of worship may constitute an interference with the right guaranteed by Article 9 (see, for example, Manoussakis and Others v. Greece, 26 September 1996, § 38, Reports of Judgments and Decisions 1996-I)

50. The personality of the religious ministers and the status of their places of worship are of importance to members of religious community. Therefore, the possibility of using buildings as places of worship is important for the participation in the life of the religious community and thus for the right to manifestation of religion.

(…)3. The Court sees no reason to doubt the veracity of the applicant community's submissions (see paragraph 44 above) that it faces practical difficulties in using the building it owns as a place of worship. Moreover, while the authorities tolerate the de facto use of land for the religious community's purposes, their refusal officially to recognize that use creates legal uncertainty for the applicant community.

54. The Court cannot agree with the Government's argument that the applicant community's inability to build a place of worship was a mere effect of the application of generally applicable neutral rules.

(…)

PARTLY DISSENTING OPINION OF JUDGE VEHABOVIĆ

I regret that I am unable to subscribe to the view of the majority that there has been a violation of Article 9 of the Convention. At the same time I agree with the conclusion of the Chamber in finding a violation of Article 1 of Protocol No. 1 to the Convention.

In the present case, the possibility or otherwise for the Jehovah's Witnesses to have their religious services in a particular location does not prevent them from manifesting their religion. But I would not regard this as conclusive. If the decision of the local authorities imposed any additional obligations on the Jehovah's Witnesses, I would regard that as coming within the ambit of Article 9. But in the present case no burden is imposed on the Jehovah's Witnesses on account of their religion. The applicant community simply complains that, as the owner of a residential house located on land belonging to the municipality, it cannot obtain permission to have that house converted into a new place of worship on the land. That seems to me an altogether different matter.

Affaire Mushfig Mammadov et autres c. Azerbaïdjan(Requêtes nos 14604/08 et 3 autres voir liste en annexe) – final decision 17/10/2019

(…)3. Les requérants alléguaient en particulier que la condamnation prononcée à leur encontre pour refus de servir dans l'armée avait emporté violation de l'article 9 de la Convention.

(…) II. LE DROIT INTERNE PERTINENT
A. La Constitution

60. Article 48. Liberté de conscience
« I. Toute personne jouit de la liberté de conscience (...) »
Article 76. Défense de la patrie: « I. Tout citoyen est tenu de défendre la patrie. Les citoyens accomplissent le service militaire selon les modalités prévues par la loi.
II. Si la conviction des citoyens est contraire à l'accomplissement du service militaire actif, il est permis, dans les cas prévus par la loi, de substituer au service militaire actif un service de remplacement.
(…)65. Dans leur rapport relatif au respect des obligations et engagements de l'Azerbaïdjan du 20 décembre 2012 (doc. 13084), les corapporteurs de la Commission de suivi de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe ont notamment indiqué ce qui suit :

« 7.8. Service de remplacement

298. Lors de l'adhésion, l'Azerbaïdjan s'est engagé « à adopter une loi sur un service de remplacement conforme aux normes européennes dans les deux années suivant son adhésion et, entre-temps, à amnistier les objecteurs de conscience purgeant actuellement des peines de prison ou servant dans des bataillons disciplinaires, en les autorisant (une fois la loi sur le service de remplacement entrée en vigueur) à choisir de faire leur service militaire dans des unités non armées ou dans un service civil de remplacement ».

299. La Constitution de l'Azerbaïdjan contient une disposition stipulant expressément que, si le service militaire est contraire aux convictions d'une personne, une forme alternative du service militaire peut, dans les cas prévus par la loi, être autorisée au lieu du service militaire ordinaire (article 76.II). Malheureusement, la loi correspondante n'a jamais été adoptee.

(…)**B. Sur le fond**
1. Existence d'une ingérence

78. La Cour note que le refus des requérants, témoins de Jéhovah, d'effectuer le service militaire pour des raisons de conscience constitue une manifestation de leurs convictions religieuses (Bayatyan, précité, § 112). La condamnation des requérants pour soustraction aux obligations militaires s'analyse donc en une ingérence dans l'exercice par les intéressés de leur liberté de manifester leur religion, garantie par l'article 9 de la Convention (Feti Demirtaş, précité, § 98, et Buldu et autres, précité, § 84).

79. La Cour rappelle que pareille ingérence enfreint cet article sauf si elle est « prévue par la loi », dirigée vers un ou des buts légitimes au regard du paragraphe 2 de cette disposition et « nécessaire dans une société démocratique » (İzzettin Doğan et autres c. Turquie [GC], no 62649/10, § 98, 26 avril 2016).

2. Justification de l'ingérence

a) Prévision de l'ingérence par la loi

80. Les requérants soutiennent que l'ingérence dénoncée par eux n'était pas prévue par la loi. À cet égard, ils indiquent que l'article 321 du code pénal n'est pas formulé avec assez de précision puisque, selon eux, il est impossible de déterminer si l'expression « sans fondement juridique » contenue dans cette disposition concerne ou non le cas des personnes refusant de servir dans l'armée pour cause de convictions religieuses.

81. Le Gouvernement réplique que l'ingérence en question était prévue par l'article 321 du code pénal et par le règlement du 31 juillet 1992.

(…)Dans ces circonstances, la Cour juge utile de souligner qu'une telle situation appelle en principe une action législative par l'État défendeur afin de satisfaire, en conformité avec le présent arrêt, aux obligations qui lui incombent d'assurer aux requérants et aux autres personnes dans la même situation le droit de bénéficier du droit à l'objection de conscience.

(…)108. La Cour estime que les requérants ont subi un dommage moral du fait de leur condamnation pour avoir refusé de servir dans l'armée pour des raisons de conscience. Statuant en équité et conformément au principe non ultra petita (Nagmetov c. Russie [GC], no 35589/08, § 71, 30 mars 2017), elle considère qu'il y a lieu d'octroyer aux requérants l'intégralité des sommes réclamées pour préjudice moral.

Case of Tagiyev and Huseynov v. Azerbaijan (Application no. 13274/08) – final decision 5/12/2019

The facts

(…)7. The first applicant was a well-known writer and columnist, who collaborated with various newspapers and reviews writing under the pen name of Rafig Tagi. The second applicant worked as editor-in-chief of the Sanat Gazeti (Art Newspaper), a bi-weekly newspaper which mostly covered issues related to art, literature and theatre, and had a circulation of around 800 copies.

8. On 1 November 2006 an article entitled "Europe and us" ("Avropa və biz") and signed by the first applicant was published on page 24 of the Sanat Gazeti newspaper, issue no. 16 (060). It was one of the articles written by the first applicant in a series of "East-West studies". The full text of the article reads as follows**.**

Following the publication of the article, the applicants were publicly criticised by various Azerbaijani and Iranian religious figures and groups. In particular, in November 2006 one of the prominent religious leaders of Iran, Ayatollah Muhammad Fazel Lankarani, issued a religious fatwa calling for the applicants' death. The publication of the article also triggered protests in Iran in front of the Azerbaijani embassy and consulate.

(…)

B. The applicants' criminal conviction and further developments

10. On 11 November 2006 criminal proceedings were instituted against the applicants under Article 283 of the Criminal Code (incitement to ethnic, racial, social or religious hatred and hostility).

11. It appears from the documents in the case file that on 14 November 2006 the investigator in charge of the case ordered a forensic linguistic and Islamic assessment of the impugned article. In particular, he asked the expert to establish whether there were any elements capable of leading to incitement to religious hatred and hostility in the article "Europe and us", and if so in which part of the article those elements appeared.

(…)

RELEVANT DOMESTIC LAW

A. The Constitution of the Republic of Azerbaijan

21. At the material time, the relevant provisions of the Constitution provided as follows:

Article 7 Azerbaijani State

"I. The Azerbaijani State is a democratic, secular, unitary republic governed by the rule of law. ..."

Article 18 Religion and State

"I. Religion is separated from the State in the Republic of Azerbaijan. All religious faiths shall be equal before the law. ..."

Article 47 Freedom of thought and speech

"I. Everyone enjoys the freedom of thought and speech.

II. No one shall be forced to proclaim or to repudiate his or her thoughts and beliefs.

III. Agitation and propaganda inciting racial, ethnic, religious, social discord and hostility are not allowed.

B. Criminal Code

22. Article 283 of the Criminal Code, in force at the relevant time, provided as follows:

Article 283 Incitement to ethnic, racial, social or religious hatred and hostility

"283.1. Acts aimed at inciting ethnic, racial, social or religious hatred and hostility, humiliation of national dignity, as well as acts aimed at restricting citizens' rights or establishing citizens' superiority on the basis of their ethnic, racial, social or religious origin, if committed openly or by means of the mass media, are punishable by a fine in the amount of one thousand to two thousand

manats, or restriction of liberty for a period of up to three years, or deprivation of liberty for a period of two to four years.

283.2. The same acts, if committed:

283.2.1. with the use of violence or the threat of use of violence;

283.2.2. by a person using his official position;

283.2.3. by an organised group;

are punishable by deprivation of liberty for a period of three to five years
(…)

ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 10 OF THE CONVENTION

25. The applicants complained under Articles 7, 9 and 10 of the Convention that their criminal conviction for publication of the impugned article had amounted to a violation of their rights protected by the Convention. Having regard to the circumstances of the case, the Court considers that the applicants' complaints do not raise a separate issue under Articles 7 and 9 of the Convention and fall to be examined under Article 10 of the Convention, albeit questions relating to Article 9 arise in the balancing exercise thereunder.

(…)**2. The Court's assessment**

(a) Whether there was interference

32. The Court notes that it is undisputed by the parties that the applicants' criminal conviction amounted to an interference with the exercise of their right to freedom of expression, as guaranteed by Article 10 of the Convention. The Court shares this view.

(…)49. The Court further considers it necessary to draw attention to the severity of the penalties imposed on the applicants, who were convicted in criminal proceedings and given sentences of three and four years' imprisonment, respectively, spending more than one year and one month in detention. The Court reiterates in this connection that a criminal conviction is a serious sanction, having regard to the existence of other means of intervention and rebuttal (see Perinçek, cited above, § 273). Moreover, although sentencing is in principle a matter for the national courts, the Court does not consider that the circumstances of the present case disclosed any justification for the imposi-

tion on the applicants of such severe sanctions, which were capable of producing a chilling effect on the exercise of freedom of expression in Azerbaijan and dissuading the press from openly discussing matters relating to religion, its role in society or other matters of public interest.

CASE OF AGHANYAN AND OTHERS v. ARMENIA (Applications nos. 58070/12 and 21 others) final decision 5/12/2019

The facts

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

4. The applicants' details are set out in the appended table.

5. The applicants are all Jehovah's Witnesses who were convicted on various dates in 2012 after refusing to perform both military and alternative civilian service, alleging that the latter was not of genuinely civilian nature and that it contradicted their conscience. The applicants complained that the criminal proceedings against them and their convictions violated their rights guaranteed under Article 9 of the Convention.

(…)12. The Government did not contest that argument.

(…)14. Having examined all the material submitted to it, the Court has not found any fact or argument capable of persuading it to reach a different conclusion on the admissibility and merits of these complaints. Having regard to its case-law on the subject, the Court considers that in the instant case the applicants' convictions for evasion of military and alternative service violated their right to freedom of thought, conscience and religion.

15. These complaints are therefore admissible and disclose a breach of Article 9 of the Convention.

CORTE COSTITUZIONALE

Sentenza 25 settembre 2019, n. 242

(*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.

1.1.– La Corte rimettente pone in discussione, in primo luogo, il perimetro applicativo della disposizione censurata, lamentando che – secondo il diritto vivente – essa incrimini le condotte di aiuto al suicidio «in alternativa alle condotte di istigazione e, quindi, a prescindere dal loro contributo alla determinazione o al rafforzamento del proposito di suicidio».

La disposizione denunciata violerebbe, per questo verso, gli artt. 2 e 13, primo comma, della Costituzione, i quali, sancendo rispettivamente il «principio personalistico» – che pone l'uomo, e non lo Stato, al centro della vita sociale – e quello di inviolabilità della libertà personale, riconoscerebbero la libertà della persona di autodeterminarsi anche in ordine alla fine della propria esistenza, scegliendo quando e come essa debba aver luogo.

La medesima disposizione si porrebbe, altresì, in contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost., in relazione 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, i quali, nel salvaguardare, rispettivamente, il diritto alla vita e il diritto al rispetto della vita privata, comporterebbero – in base all'interpretazione della Corte europea dei diritti dell'uomo – che l'individuo abbia il diritto di «decidere con quali mezzi e a che punto la propria vita finirà» e che l'intervento repressivo degli Stati in questo campo possa avere soltanto la finalità di evitare rischi di indebita influenza nei confronti di soggetti particolarmente vulnerabili.

Alla luce di tutti i parametri evocati, risulterebbe, dunque, ingiustificata la punizione delle condotte di agevolazione dell'altrui suicidio che costituiscano mera attuazione di quanto autonomamente deciso da chi esercita la libertà in questione, senza influire in alcun modo sul percorso psichico del soggetto passivo, trattandosi di condotte non lesive del bene giuridico tutelato.

1.2.– La Corte milanese contesta, in secondo luogo, il trattamento sanzionatorio riservato alle condotte in questione, censurando l'art. 580 cod. pen.

«nella parte in cui prevede che le condotte di agevolazione dell'esecuzione del suicidio, che non incidano sul percorso deliberativo dell'aspirante suicida, siano sanzionabili con la pena della reclusione da 5 a 10 [recte: 12] anni, senza distinzione rispetto alle condotte di istigazione».

Sotto questo profilo, la norma censurata si porrebbe in contrasto con l'art. 3 Cost., essendo le condotte di istigazione al suicidio certamente più gravi, sotto il profilo causale, rispetto a quelle di chi abbia semplicemente contribuito alla realizzazione dell'altrui autonoma determinazione di porre fine alla propria esistenza, e risultando del tutto diverse, nei due casi, la volontà e la personalità dell'agente.

Sarebbero violati, inoltre, gli artt. 13, 25, secondo comma, e 27, terzo comma, Cost., in forza dei quali la libertà dell'individuo può essere sacrificata solo a fronte della lesione di un bene giuridico non altrimenti evitabile e la sanzione deve essere proporzionata alla lesione provocata, così da prevenire la violazione e provvedere alla rieducazione del reo.

2.– Con l'ordinanza n. 207 del 2018, questa Corte ha già formulato una serie di rilievi e tratto una serie di conclusioni in ordine al thema decidendum. Gli uni e le altre sono, in questa sede, confermati. A essi si salda, in consecuzione logica, l'odierna decisione.

2.1.– Con la citata ordinanza, questa Corte ha rilevato, anzitutto, come tra le questioni sollevate intercorra un rapporto di subordinazione implicita: interrogarsi sul quantum della pena ha, infatti, un senso solo ove le condotte avute di mira restino penalmente rilevanti e, dunque, solo in caso di mancato accoglimento delle questioni volte a ridisegnare i confini applicativi della fattispecie criminosa.

Ha ritenuto, altresì, infondate le plurime eccezioni di inammissibilità formulate dall'Avvocatura generale dello Stato, ivi compresa quella di omessa sperimentazione dell'interpretazione conforme a Costituzione, rilevando come la prospettata interpretazione adeguatrice risulti incompatibile con il tenore letterale della norma censurata.

2.2.– Nel merito, questa Corte ha escluso che – contrariamente a quanto sostenuto in via principale dal giudice a quo – l'incriminazione dell'aiuto al suicidio, ancorché non rafforzativo del proposito della vittima, possa ritenersi di per sé in contrasto con la Costituzione.

Per sostenere il contrasto, non è pertinente, infatti, 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 opposto – 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)» (ordinanza n. 207 del 2018).

Neppure, poi, è possibile desumere la generale inoffensività dell'aiuto al suicidio da un generico diritto all'autodeterminazione individuale, riferibile anche al bene della vita: diritto che il rimettente ricava dagli artt. 2 e 13, primo comma, Cost. A prescindere dalle concezioni di cui era portatore il legislatore del 1930, la ratio dell'art. 580 cod. pen. può essere agevolmente scorta, alla luce del vigente quadro costituzionale, nella «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» (ordinanza n. 207 del 2018).

Le medesime considerazioni 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: conclusione, questa, confermata dalla pertinente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

2.3.– All'interno del petitum principale del rimettente, questa Corte ha individuato, nondimeno, una circoscritta area di non conformità costituzionale della fattispecie criminosa, corrispondente segnatamente ai casi in cui l'aspirante suicida si identifichi – come nella vicenda oggetto del giudizio a quo – 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» (ordinanza n. 207 del 2018).

Si tratta di «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». In tali casi, l'assistenza di terzi nel porre fine alla sua vita può presentarsi al malato come l'unico modo per sottrarsi, secondo le proprie scelte individuali, 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.

Nei casi considerati – ha osservato questa Corte – la decisione di accogliere la morte 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, in forza della legge 22 dicembre 2017, n. 219 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento), la cui disciplina 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 (Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale ordinario di Roma, sentenza 23 luglio-17 ottobre 2007, n. 2049) ed Englaro (Corte di cassazione, sezione prima civile, sentenza 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 (ordinanza n. 207 del 2018): principio qualificabile come vero e proprio diritto della persona, che trova fondamento nei principi espressi negli artt. 2, 13 e 32 Cost. (sentenze n. 253 del 2009 e n. 438 del 2008).

La citata legge n. 219 del 2017 riconosce, infatti, ad «[o]gni 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): diritto inquadrato nel contesto della «relazione di cura e di fiducia» tra paziente e medico. 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. Disposizione, questa, che «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» (ordinanza n. 207 del 2018).

La legislazione oggi in vigore non consente, invece, al medico 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. Pertanto, il paziente, per congedarsi dalla vita, è costretto a subire un processo più lento e più carico di sofferenze per le persone che gli sono care. Ne è testimonianza il caso oggetto del giudizio principale, nel quale, «[s]econdo quanto ampiamente dedotto dalla parte costituita, […] 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» (ordinanza n. 207 del 2018).

Al riguardo, occorre in effetti considerare che la sedazione profonda continua, connessa all'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale – sedazione che rientra nel genus dei trattamenti sanitari – ha come effetto l'annullamento totale e definitivo della coscienza e della volontà del soggetto sino al momento del decesso. Si comprende, pertanto, come la sedazione terminale possa essere vissuta da taluni come una soluzione non accettabile.

Nelle ipotesi configurate nel dettaglio all'inizio di questo punto 2.3. 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 fondamentale 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 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 appartengono

solitamente 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 la ragione per la quale la stessa persona, a determinate condizioni, non possa ugualmente decidere di concludere la propria esistenza con l'aiuto di altri.

La conclusione è dunque che entro lo specifico ambito considerato, il divieto assoluto di aiuto al suicidio finisce per limitare ingiustificatamente nonché irragionevolmente la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, scaturente dagli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost., imponendogli in ultima analisi un'unica modalità per congedarsi dalla vita.

2.4.– Con la stessa ordinanza n. 207 del 2018, questa Corte ha ritenuto, peraltro, di non poter porre rimedio – «almeno allo stato» – «al riscontrato vulnus», tramite una pronuncia meramente ablativa, riferita ai pazienti che versino nelle condizioni sopra indicate. Una simile soluzione avrebbe, infatti, generato il pericolo di lesione di altri valori costituzionalmente protetti, lasciando «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, infatti, «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». Conseguenze, quelle ora indicate, delle quali «questa Corte non può non farsi carico» (ordinanza n. 207 del 2018).

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».

La disciplina potrebbe essere inoltre «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» (ordinanza n. 207 del 2018). Potrebbe prospettarsi, ancora, l'esigenza di «introdurre una disciplina ad hoc per le vicende pregresse», anch'essa variamente calibrabile.

Deve quindi, infine, essere sottolineata l'esigenza di adottare opportune cautele affinché «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». Il coinvolgimento in un percorso di cure palliative deve costituire, infatti, «un pre-requisito della scelta, in seguito, di qualsiasi percorso alternativo da parte del paziente» (come già prefigurato dall'ordinanza n. 207 del 2018).

Peraltro, nel parere del 18 luglio 2019 («Riflessioni bioetiche sul suicidio medicalmente assistito»), il Comitato nazionale per la bioetica, pur nella varietà delle posizioni espresse sulla legalizzazione del suicidio medicalmente assistito, ha sottolineato, all'unanimità, che la necessaria offerta effettiva di cure palliative e di terapia del dolore – che oggi sconta «molti ostacoli e difficoltà, specie nella disomogeneità territoriale dell'offerta del SSN, e nella mancanza di una formazione specifica nell'ambito delle professioni sanitarie» – dovrebbe rappresentare, invece, «una priorità assoluta per le politiche della sanità».

Si cadrebbe, altrimenti, nel paradosso di non punire l'aiuto al suicidio senza avere prima assicurato l'effettività del diritto alle cure palliative.

2.5.– Questa Corte ha rilevato, da ultimo, come, in casi simili, essa abbia dichiarato l'inammissibilità della questione sollevata, accompagnandola con un monito al legislatore per l'introduzione della disciplina necessaria a rimuovere il vulnus costituzionale: pronuncia alla quale, ove il monito fosse rimasto senza riscontro, ha fatto seguito, di norma, una declaratoria di incostituzionalità.

Tale soluzione è stata ritenuta, tuttavia, non percorribile nella specie.

La ricordata tecnica decisoria ha «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 co-

stituzionale, 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» (ordinanza n. 207 del 2018).

Questa Corte ha ritenuto, quindi, di dover procedere in altro modo. Facendo leva sui «propri poteri di gestione del processo costituzionale», ha fissato, cioè, una nuova udienza di trattazione delle questioni, a undici mesi di distanza (segnatamente, al 24 settembre 2019): udienza in esito alla quale avrebbe potuto essere valutata l'eventuale sopravvenienza di una legge regolatrice della materia in conformità alle segnalate esigenze di tutela.

In questo modo, si è lasciata al Parlamento la possibilità di assumere le necessarie decisioni rimesse alla sua discrezionalità, ma si è evitato che, nel frattempo, la norma potesse trovare applicazione. Il giudizio a quo è rimasto, infatti, sospeso.

3.– Deve però ora prendersi atto di come nessuna normativa in materia sia sopravvenuta nelle more della nuova udienza. Né, d'altra parte, l'intervento del legislatore risulta imminente.

I plurimi progetti di legge pure presentati in materia, di vario taglio, sono rimasti, infatti, tutti senza seguito.

Il relativo esame – iniziato presso la Camera dei deputati, quanto alle proposte di legge A.C. 1586 e abbinate – si è, infatti, arrestato alla fase della trattazione in commissione, senza che sia stato possibile addivenire neppure all'adozione di un testo unificato.

4.– In assenza di ogni determinazione da parte del Parlamento, questa Corte non può ulteriormente esimersi dal pronunciare sul merito delle questioni, in guisa da rimuovere il vulnus costituzionale già riscontrato con l'ordinanza n. 207 del 2018.

Non è a ciò d'ostacolo la circostanza che – per quanto rilevato nella medesima ordinanza e come poco sopra ricordato – la decisione di illegittimità costituzionale faccia emergere specifiche esigenze di disciplina che, pur suscettibili di risposte differenziate da parte del legislatore, non possono comunque sia essere disattese.

Il rinvio disposto all'esito della precedente udienza risponde, infatti, con diversa tecnica, alla stessa logica che ispira, nella giurisprudenza di questa Corte, il collaudato meccanismo della "doppia pronuncia" (sentenza di inammissibilità "con monito" seguita, in caso di mancato recepimento di quest'ultimo, da declaratoria di incostituzionalità). Decorso un congruo periodo di tempo, l'esigenza di garantire la legalità costituzionale deve, comunque sia, prevalere su quella di lasciare spazio alla discrezionalità del legislatore per la

compiuta regolazione della materia, alla quale spetta la priorità.

Come più volte si è avuto modo di rilevare, «posta di fronte a un vulnus costituzionale, non sanabile in via interpretativa – tanto più se attinente a diritti fondamentali – la Corte è tenuta comunque a porvi rimedio» (sentenze n. 162 del 2014 e n. 113 del 2011; analogamente sentenza n. 96 del 2015). Occorre, infatti, evitare che l'ordinamento presenti zone franche immuni dal sindacato di legittimità costituzionale: e ciò «specie negli ambiti, come quello penale, in cui è più impellente l'esigenza di assicurare una tutela effettiva dei diritti fondamentali, incisi dalle scelte del legislatore» (sentenza n. 99 del 2019).

Risalente, nella giurisprudenza di questa Corte, è l'affermazione per cui non può essere ritenuta preclusiva della declaratoria di illegittimità costituzionale delle leggi la carenza di disciplina – reale o apparente – che da essa può derivarne, in ordine a determinati rapporti (sentenza n. 59 del 1958). Ove, però, i vuoti di disciplina, pure in sé variamente colmabili, rischino di risolversi a loro volta – come nel caso di specie – in una menomata protezione di diritti fondamentali (suscettibile anch'essa di protrarsi nel tempo, nel perdurare dell'inerzia legislativa), questa Corte può e deve farsi carico dell'esigenza di evitarli, non limitandosi a un annullamento "secco" della norma incostituzionale, ma ricavando dalle coordinate del sistema vigente i criteri di riempimento costituzionalmente necessari, ancorché non a contenuto costituzionalmente vincolato, fin tanto che sulla materia non intervenga il Parlamento (in questo senso, sentenze n. 40 del 2019, n. 233 e 222 del 2018 e n. 236 del 2016).

5.– Ciò posto, per quanto attiene ai contenuti della presente decisione, questa Corte ha già puntualmente individuato, nell'ordinanza n. 207 del 2018, le situazioni in rapporto alle quali l'indiscriminata repressione penale dell'aiuto al suicidio, prefigurata dall'art. 580 cod. pen., entra in frizione con i precetti costituzionali evocati. Si tratta in specie – come si è detto – dei casi nei quali venga agevolata l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella trova intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli.

Quanto, poi, all'esigenza di evitare che la sottrazione pura e semplice di tale condotta alla sfera di operatività della norma incriminatrice dia luogo a intollerabili vuoti di tutela per i valori protetti, generando il pericolo di abusi «per la vita di persone in situazioni di vulnerabilità» (ordinanza n. 207 del 2018), già più volte questa Corte, in passato, si è fatta carico dell'esigenza di scongiurare esiti similari: in particolare, subordinando la non punibilità dei fatti che venivano di volta in volta in rilievo al rispetto di specifiche cautele, volte a garantire – nelle more dell'intervento del legislatore – un controllo pre-

ventivo sull'effettiva esistenza delle condizioni che rendono lecita la condotta.

Ciò è avvenuto, ad esempio, in materia di aborto, con la sentenza n. 27 del 1975 (la quale dichiarò illegittimo l'art. 546 cod. pen., nella parte in cui non prevedeva che la gravidanza potesse essere interrotta quando l'ulteriore gestazione implicasse «danno, o pericolo, grave, medicalmente accertato nei sensi di cui in motivazione e non altrimenti evitabile, per la salute della madre»); ovvero, più di recente, in materia di procreazione medicalmente assistita, con le sentenze n. 96 e n. 229 del 2015 (le quali hanno dichiarato illegittime, rispettivamente, le disposizioni che negavano l'accesso alle relative tecniche alle coppie fertili portatrici di gravi malattie genetiche, trasmissibili al nascituro, «accertate da apposite strutture pubbliche», e la disposizione che puniva ogni forma di selezione eugenetica degli embrioni, senza escludere le condotte di selezione volte a evitare l'impianto nell'utero della donna di embrioni affetti da gravi malattie genetiche trasmissibili accertate nei predetti modi).

Nell'odierno frangente, peraltro, un preciso «punto di riferimento» (sentenza n. 236 del 2016) già presente nel sistema – utilizzabile ai fini considerati, nelle more dell'intervento del Parlamento – è costituito dalla disciplina racchiusa negli artt. 1 e 2 della legge n. 219 del 2017: disciplina più volte richiamata, del resto, nella stessa ordinanza n. 207 del 2018.

La declaratoria di incostituzionalità attiene, infatti, in modo specifico ed esclusivo all'aiuto al suicidio prestato a favore di soggetti che già potrebbero alternativamente lasciarsi morire mediante la rinuncia a trattamenti sanitari necessari alla loro sopravvivenza, ai sensi dell'art. 1, comma 5, della legge ora citata: disposizione che, inserendosi nel più ampio tessuto delle previsioni del medesimo articolo, prefigura una "procedura medicalizzata" estensibile alle situazioni che qui vengono in rilievo.

Il riferimento a tale procedura – con le integrazioni di cui si dirà in seguito – si presta a dare risposta a buona parte delle esigenze di disciplina poste in evidenza nell'ordinanza n. 207 del 2018.

Ciò vale, anzitutto, con riguardo alle «modalità di verifica medica della sussistenza dei presupposti in presenza dei quali una persona possa richiedere l'aiuto». Mediante la procedura in questione è, infatti, già possibile accertare la capacità di autodeterminazione del paziente e il carattere libero e informato della scelta espressa. L'art. 1, comma 5, della legge n. 219 del 2017 riconosce, infatti, il diritto all'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale in corso alla persona «capace di agire» e stabilisce che la relativa richiesta debba essere espressa nelle forme previste dal precedente comma 4 per il consenso informato. La manifestazione di volontà deve essere, dunque, acquisita «nei modi e con gli strumenti più consoni alle condizioni del paziente» e documentata «in forma scritta o attraverso videoregistrazioni o, per la persona con disabilità,

attraverso dispositivi che le consentano di comunicare», per poi essere inserita nella cartella clinica. Ciò, «[f]erma restando la possibilità per il paziente di modificare la propria volontà»: il che, peraltro, nel caso dell'aiuto al suicidio, è insito nel fatto stesso che l'interessato conserva, per definizione, il dominio sull'atto finale che innesca il processo letale.

Lo stesso art. 1, comma 5, prevede, altresì, che il medico debba prospettare al paziente «le conseguenze di tale decisione e le possibili alternative», promovendo «ogni azione di sostegno al paziente medesimo, anche avvalendosi dei servizi di assistenza psicologica». In questo contesto, deve evidentemente darsi conto anche del carattere irreversibile della patologia: elemento indicato nella cartella clinica e comunicato dal medico quando avvisa il paziente circa le conseguenze legate all'interruzione del trattamento vitale e sulle «possibili alternative». Lo stesso deve dirsi per le sofferenze fisiche o psicologiche: il promovimento delle azioni di sostegno al paziente, comprensive soprattutto delle terapie del dolore, presuppone una conoscenza accurata delle condizioni di sofferenza.

Il riferimento a tale disciplina implica, d'altro canto, l'inerenza anche della materia considerata alla relazione tra medico e paziente.

Quanto all'esigenza di coinvolgimento dell'interessato in un percorso di cure palliative, l'art. 2 della legge n. 219 del 2017 prevede che debba essere sempre garantita al paziente un'appropriata terapia del dolore e l'erogazione delle cure palliative previste dalla legge n. 38 del 2010 (e da questa incluse, come già ricordato, nell'ambito dei livelli essenziali di assistenza). Tale disposizione risulta estensibile anch'essa all'ipotesi che qui interessa: l'accesso alle cure palliative, ove idonee a eliminare la sofferenza, spesso si presta, infatti, a rimuovere le cause della volontà del paziente di congedarsi dalla vita.

Similmente a quanto già stabilito da questa Corte con le citate sentenze n. 229 e n. 96 del 2015, la verifica delle condizioni che rendono legittimo l'aiuto al suicidio deve restare peraltro affidata – in attesa della declinazione che potrà darne il legislatore – a strutture pubbliche del servizio sanitario nazionale. A queste ultime spetterà altresì verificare le relative modalità di esecuzione, le quali dovranno essere evidentemente tali da evitare abusi in danno di persone vulnerabili, da garantire la dignità del paziente e da evitare al medesimo sofferenze.

La delicatezza del valore in gioco richiede, inoltre, l'intervento di un organo collegiale terzo, munito delle adeguate competenze, il quale possa garantire la tutela delle situazioni di particolare vulnerabilità. Nelle more dell'intervento del legislatore, tale compito è affidato ai comitati etici territorialmente competenti. Tali comitati – quali organismi di consultazione e di riferimento per i problemi di natura etica che possano presentarsi nella pratica sanitaria – sono, infatti, investiti di funzioni consultive intese a garantire la tutela dei

diritti e dei valori della persona in confronto alle sperimentazioni cliniche di medicinali o, *amplius*, all'uso di questi ultimi e dei dispositivi medici (art. 12, comma 10, lettera c, del d.l. n. 158 del 2012; art. 1 del decreto del Ministro della salute 8 febbraio 2013, recante «Criteri per la composizione e il funzionamento dei comitati etici»): funzioni che involgono specificamente la salvaguardia di soggetti vulnerabili e che si estendono anche al cosiddetto uso compassionevole di medicinali nei confronti di pazienti affetti da patologie per le quali non siano disponibili valide alternative terapeutiche (artt. 1 e 4 del decreto del Ministro della salute 7 settembre 2017, recante «Disciplina dell'uso terapeutico di medicinale sottoposto a sperimentazione clinica»).

6.– Quanto, infine, al tema dell'obiezione di coscienza del personale sanitario, vale osservare che la presente declaratoria di illegittimità costituzionale si limita a escludere la punibilità dell'aiuto al suicidio nei casi considerati, senza creare alcun obbligo di procedere a tale aiuto in capo ai medici. Resta affidato, pertanto, alla coscienza del singolo medico scegliere se prestarsi, o no, a esaudire la richiesta del malato.

7.– I requisiti procedimentali dianzi indicati, quali condizioni per la non punibilità dell'aiuto al suicidio prestato a favore di persone che versino nelle situazioni indicate analiticamente nel precedente punto 2.3., valgono per i fatti successivi alla pubblicazione della presente sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica.

In quanto enucleate da questa Corte solo con la presente sentenza, in attesa dell'intervento del legislatore, le condizioni procedimentali in questione non possono essere richieste, tal quali, in rapporto ai fatti anteriormente commessi, come quello oggetto del giudizio a quo, che precede la stessa entrata in vigore della legge n. 219 del 2017. Rispetto alle vicende pregresse, infatti, le condizioni in parola non risulterebbero, in pratica, mai puntualmente soddisfatte.

Ciò impone una diversa scansione del contenuto della pronuncia sul piano temporale.

Riguardo ai fatti anteriori la non punibilità dell'aiuto al suicidio rimarrà subordinata, in specie, al fatto che l'agevolazione sia stata prestata con modalità anche diverse da quelle indicate, ma idonee comunque sia a offrire garanzie sostanzialmente equivalenti.

Occorrerà dunque che le condizioni del richiedente che valgono a rendere lecita la prestazione dell'aiuto – patologia irreversibile, grave sofferenza fisica o psicologica, dipendenza da trattamenti di sostegno vitale e capacità di prendere decisioni libere e consapevoli – abbiano formato oggetto di verifica in ambito medico; che la volontà dell'interessato sia stata manifestata in modo chiaro e univoco, compatibilmente con quanto è consentito dalle sue condizioni; che il paziente sia stato adeguatamente informato sia in ordine a

queste ultime, sia in ordine alle possibili soluzioni alternative, segnatamente con riguardo all'accesso alle cure palliative ed, eventualmente, alla sedazione profonda continua. Requisiti tutti la cui sussistenza dovrà essere verificata dal giudice nel caso concreto.

8.– L'art. 580 cod. pen. deve essere dichiarato, dunque, costituzionalmente illegittimo, per violazione degli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost., nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge n. 219 del 2017 – ovvero, quanto ai fatti anteriori alla pubblicazione della presente sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, con modalità equivalenti nei sensi dianzi indicati –, agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente.

L'ulteriore questione sollevata in via principale per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., in riferimento agli artt. 2 e 8 CEDU, resta assorbita.

Parimente assorbite restano le questioni subordinate, attinenti alla misura della pena.

9.– Questa Corte non può fare a meno, peraltro, di ribadire con vigore l'auspicio che la materia formi oggetto di sollecita e compiuta disciplina da parte del legislatore, conformemente ai principi precedentemente enunciati.

Per Questi Motivi

LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 580 del codice penale, nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento) – ovvero, quanto ai fatti anteriori alla pubblicazione della presente sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, con modalità equivalenti nei sensi di cui in motivazione –, agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente.

SENTENZA 22 OTTOBRE 2019, n. 254

(*Omissis*)

Considerato in diritto
(*Omissis*)

6.– Nel merito, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 72, comma 2, proposta in relazione agli artt. 2, 3, primo comma, e 19 Cost., è fondata.

È opportuno, innanzitutto, ricordare la cornice costituzionale in cui si inserisce l'oggetto dei presenti giudizi.

La libertà religiosa garantita dall'art. 19 Cost. è un diritto inviolabile (sentenze n. 334 del 1996, n. 195 del 1993 e n. 203 del 1989), tutelato «al massimo grado» (sentenza n. 52 del 2016) dalla Costituzione. La garanzia costituzionale ha valenza anche "positiva", giacché il principio di laicità che contraddistingue l'ordinamento repubblicano è «da intendersi, secondo l'accezione che la giurisprudenza costituzionale ne ha dato (sentenze n. 63 del 2016, n. 508 del 2000, n. 329 del 1997, n. 440 del 1995, n. 203 del 1989), non come indifferenza dello Stato di fronte all'esperienza religiosa, bensì come tutela del pluralismo, a sostegno della massima espansione della libertà di tutti, secondo criteri di imparzialità» (sentenza n. 67 del 2017).

Della libertà di religione il libero esercizio del culto è un aspetto essenziale, che lo stesso art. 19 Cost. garantisce specificamente disponendo che «[t]utti hanno diritto di professare liberamente la propria fede religiosa in qualsiasi forma, individuale o associata, di farne propaganda e di esercitarne in privato o in pubblico il culto, purché non si tratti di riti contrari al buon costume». L'esercizio pubblico e comunitario del culto, come questa Corte ha più volte precisato, va dunque tutelato, e va assicurato ugualmente a tutte le confessioni religiose, a prescindere dall'avvenuta stipulazione o meno dell'intesa con lo Stato e dalla loro condizione di minoranza (sentenze n. 63 del 2016, n. 195 del 1993 e n. 59 del 1958).

La libertà di culto si traduce anche nel diritto di disporre di spazi adeguati per poterla concretamente esercitare (sentenza n. 67 del 2017) e comporta perciò più precisamente un duplice dovere a carico delle autorità pubbliche cui spetta di regolare e gestire l'uso del territorio (essenzialmente le regioni e i comuni): in positivo – in applicazione del citato principio di laicità – esso implica che le amministrazioni competenti prevedano e mettano a disposizione spazi pubblici per le attività religiose; in negativo, impone che non si frappongano ostacoli ingiustificati all'esercizio del culto nei luoghi privati e che non si discriminino le confessioni nell'accesso agli spazi pubblici (sentenze n. 63

del 2016, n. 346 del 2002 e n. 195 del 1993).

Naturalmente, nel destinare spazi pubblici alle sedi di attività di culto delle diverse confessioni, regioni e comuni devono tener conto della loro presenza nel territorio di riferimento, dal momento che, in questo contesto, il divieto di discriminazione «non vuol dire […] che a tutte le confessioni debba assicurarsi un'eguale porzione dei contributi o degli spazi disponibili: come è naturale allorché si distribuiscano utilità limitate, quali le sovvenzioni pubbliche o la facoltà di consumare suolo, si dovranno valutare tutti i pertinenti interessi pubblici e si dovrà dare adeguato rilievo all'entità della presenza sul territorio dell'una o dell'altra confessione, alla rispettiva consistenza e incidenza sociale e alle esigenze di culto riscontrate nella popolazione» (sentenza n. 63 del 2016).

6.1.– Il quadro costituzionale descritto ha trovato attuazione nella normativa, sia statale che di molte regioni, che garantisce la previsione di adeguati spazi per i luoghi di culto per l'esercizio della libertà religiosa.

Quanto alla disciplina statale, è sufficiente ricordare che, in base all'art. 3 del decreto ministeriale 2 aprile 1968, n. 1444 (Limiti inderogabili di densità edilizia, di altezza, di distanza fra i fabbricati e rapporti massimi tra spazi destinati agli insediamenti residenziali e produttivi e spazi pubblici o riservati alle attività collettive, al verde pubblico o a parcheggi da osservare ai fini della formazione dei nuovi strumenti urbanistici o della revisione di quelli esistenti, ai sensi dell'art. 17 della legge 6 agosto 1967, n. 765), i luoghi di culto rientrano tra le «attrezzature di interesse comune» che devono essere previste dagli strumenti urbanistici al fine di soddisfare gli standard fissati dallo stesso decreto. Inoltre, l'art. 16, comma 8, del decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia), ha confermato che gli oneri di urbanizzazione secondaria riguardano anche «chiese e altri edifici religiosi».

A livello regionale, negli anni Ottanta e Novanta molte regioni hanno dettato norme dirette a riservare alle attrezzature religiose un trattamento differenziato rispetto alle altre opere di urbanizzazione secondaria, al fine di agevolarne la realizzazione, in particolare con la previsione di contributi finanziari (regionali e comunali) e con l'innalzamento della dotazione minima richiesta dalla disciplina statale (così, fra le altre: legge della Regione Liguria 24 gennaio 1985, n. 4, recante «Disciplina urbanistica dei servizi religiosi»; legge della Regione Piemonte 7 marzo 1989, n. 15, recante «Individuazione negli strumenti urbanistici generali di aree destinate ad attrezzature religiose. Utilizzo da parte dei Comuni del fondo derivante dagli oneri di urbanizzazione»; legge della Regione Campania 5 marzo 1990, n. 9, recante «Riserva di standard urbanistici per attrezzature religiose»).

6.2.– In questo filone si inseriva anche la legge della Regione Lombardia 9 maggio 1992, n. 20 (Norme per la realizzazione di edifici di culto e di attrezzature destinate a servizi religiosi), che riservava alle attrezzature religiose il 25% della dotazione complessiva di attrezzature per interesse comune e prevedeva, fra l'altro, che in ciascun comune almeno l'8% delle somme riscosse per oneri di urbanizzazione secondaria fosse destinato alla loro realizzazione e manutenzione. Poiché tuttavia tali contributi erano riservati alla Chiesa cattolica e alle altre confessioni religiose dotate di intesa, questa Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittima la disposizione che li prevedeva, nella parte in cui prescriveva il requisito dell'intesa (sentenza n. 346 del 2002).

La successiva legge della Regione Lombardia 11 marzo 2005, n. 12 (Legge per il governo del territorio), disciplinava poi, agli artt. da 70 a 73, la realizzazione di attrezzature religiose, stabilendo che esse sarebbero state regolate, insieme alle altre attrezzature di interesse pubblico, dal piano dei servizi. Tale normativa è stata oggetto, a partire dal 2006, di varie modifiche, che hanno progressivamente sottoposto l'apertura di luoghi di culto a controlli e limiti sempre più penetranti.

La prima modifica è stata apportata con la legge della Regione Lombardia 14 luglio 2006, n. 12 (Modifiche e integrazioni alla legge regionale 11 marzo 2005, n. 12 «legge per il governo del territorio»), che ha assoggettato a permesso edilizio i mutamenti di destinazione d'uso di immobili, anche senza opere, «finalizzati alla creazione di luoghi di culto e luoghi destinati a centri sociali» (art. 52, comma 3-bis, aggiunto alla legge reg. Lombardia n. 12 del 2005).

Una nuova restrizione è stata introdotta dalla legge regionale 14 marzo 2008, n. 4, recante «Ulteriori modifiche e integrazioni alla legge regionale 11 marzo 2005, n. 12 (Legge per il governo del territorio)», che, aggiungendo il comma 4-bis nell'art. 72 della legge reg. Lombardia n. 12 del 2005, ha limitato le zone in cui potevano essere realizzate le attrezzature religiose fino all'approvazione del piano dei servizi.

La successiva legge regionale 21 febbraio 2011, n. 3 (Interventi normativi per l'attuazione della programmazione regionale e di modifica e integrazione di disposizioni legislative – Collegato ordinamentale 2011), ha poi allargato la nozione di attrezzature religiose, comprendendovi «gli immobili destinati a sedi di associazioni, società o comunità di persone in qualsiasi forma costituite, le cui finalità statutarie o aggregative siano da ricondurre alla religione, all'esercizio del culto o alla professione religiosa quali sale di preghiera, scuole di religione o centri culturali» (art. 71, comma 1, lettera c-bis, aggiunta alla legge reg. Lombardia n. 12 del 2005).

È infine intervenuta la legge reg. Lombardia n. 2 del 2015, oggetto del

presente giudizio, che ha dettato una complessa disciplina in materia di attrezzature religiose, modificando l'art. 70 e sostituendo l'art. 72 della legge reg. Lombardia n. 12 del 2005.

La disciplina del 2015 è stata impugnata, in alcune sue parti, dal Governo, e questa Corte ha deciso il ricorso con la sentenza n. 63 del 2016, fra l'altro dichiarando costituzionalmente illegittimi l'art. 70, commi 2-bis (nella parte in cui fissava alcuni requisiti solo per le confessioni non cattoliche senza intesa) e 2-quater (che istituiva la consulta regionale), e l'art. 72, comma 4, primo periodo (che prevedeva i pareri relativi ai profili di sicurezza pubblica, nel corso del procedimento di formazione del PAR), e comma 7, lettera e) (che richiedeva un impianto di videosorveglianza negli edifici di culto), della legge reg. Lombardia n. 12 del 2005.

La sentenza n. 63 del 2016 non si è pronunciata nel merito sulle norme qui in esame, poiché i commi 1 e 2 dell'art. 72 non erano stati impugnati dal Governo e l'art. 72, comma 5, è stato oggetto di una pronuncia di manifesta inammissibilità.

6.3.– Così illustrato il contesto di riferimento, si possono ora esaminare le questioni sollevate dal giudice rimettente.

La disposizione censurata (art. 72, comma 2, della legge reg. Lombardia n. 12 del 2005, introdotto dalla legge reg. Lombardia n. 2 del 2015) subordina l'installazione di tutte le nuove attrezzature religiose al PAR (atto separato facente parte del piano dei servizi), che rappresenta a sua volta una novità introdotta dalla stessa legge reg. Lombardia n. 2 del 2015.

Occupandosi della potestà legislativa regionale in tema di edilizia di culto, questa Corte ne ha già chiarito finalità e limiti, affermando che «[l]a legislazione regionale in materia di edilizia di 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)» (sentenza n. 63 del 2016). In questo contesto «la Regione è titolata, nel regolare la coesistenza dei diversi interessi che insistono sul proprio territorio, a dedicare specifiche disposizioni per la programmazione e la realizzazione dei luoghi di culto e, nell'esercizio di tali competenze, può imporre quelle condizioni e quelle limitazioni, che siano strettamente necessarie a garantire le finalità di governo del territorio affidate alle sue cure» (sentenza n. 67 del 2017). Nell'esercizio delle sue competenze, tuttavia, il legislatore regionale «non può mai perseguire finalità che esorbitano dai compiti della Regione», non essendogli consentito in particolare di introdurre «all'interno di una legge sul governo del territorio […] disposizioni che ostacolino o compromettano la libertà di religione» (sen-

tenza n. 63 del 2016).

In sintesi dunque, nel regolare, in sede di disciplina del governo del territorio, l'edilizia di culto, le regioni possono perseguire esclusivamente finalità urbanistiche, nell'ambito delle quali deve essere ricondotta anche la necessaria specifica considerazione delle esigenze di allocazione delle attrezzature religiose. In ragione del peculiare rango costituzionale della libertà di culto, inoltre, la stessa disciplina urbanistico-edilizia deve far fronte, con riferimento alle attrezzature religiose, all'ulteriore esigenza della necessaria previsione di luoghi per il loro insediamento, con la conseguenza che essa non può comportare l'esclusione o l'eccessiva compressione della possibilità di realizzare strutture di questo tipo.

In questo quadro, la previsione – ad opera della legislazione regionale in materia di governo del territorio – di uno speciale piano dedicato alle attrezzature religiose, riconducibile al modello della pianificazione urbanistica di settore, non è di per sé illegittima. Non lo è, tuttavia, alla duplice condizione che essa persegua lo scopo del corretto insediamento nel territorio comunale delle attrezzature religiose aventi impatto urbanistico, e che, in questo orizzonte, tenga adeguatamente conto della necessità di favorire l'apertura di luoghi di culto destinati alle diverse comunità religiose (corrispondendo così anche agli standard urbanistici, cioè alla dotazione minima di spazi pubblici).

A tali condizioni non risponde l'art. 72, comma 2, della legge reg. Lombardia n. 12 del 2005, che subordina l'installazione di qualsiasi attrezzatura religiosa all'esistenza del PAR. Questa Corte non può non rilevare infatti che tale soluzione legislativa per un verso non consente un equilibrato e armonico sviluppo del territorio e per altro verso finisce con l'ostacolare l'apertura di nuovi luoghi di culto.

A questo riguardo viene in evidenza innanzitutto il carattere assoluto della previsione, che riguarda indistintamente (ed esclusivamente) tutte le nuove attrezzature religiose, a prescindere dal loro carattere pubblico o privato, dalla loro dimensione, dalla specifica funzione cui sono adibite, dalla loro attitudine a ospitare un numero più o meno consistente di fedeli, e dunque dal loro impatto urbanistico, che può essere molto variabile e potenzialmente irrilevante. L'effetto di tale assolutezza è che anche attrezzature del tutto prive di rilevanza urbanistica, solo per il fatto di avere destinazione religiosa (si pensi a una piccola sala di preghiera privata di una comunità religiosa), devono essere preventivamente localizzate nel PAR, e che, per esempio, i membri di un'associazione avente finalità religiosa non possono riunirsi nella sede privata dell'associazione per svolgere l'attività di culto, senza una specifica previsione del PAR. Al contrario, qualsiasi altra attività associativa, purché non religiosa, può essere svolta senz'altro nella sede sua propria, liberamente

localizzabile sul territorio comunale nel solo rispetto delle generali previsioni urbanistiche. In questa prospettiva, la potenziale irrilevanza urbanistica di una parte almeno delle strutture investite dalla previsione contestata rende evidente l'esistenza di un obiettivo ostacolo all'insediamento di nuove strutture religiose.

Va sottolineato inoltre il regime differenziato che, a dispetto dello specifico riconoscimento costituzionale – sopra ricordato – del diritto di disporre di un luogo di esercizio del culto, colpisce solo le attrezzature religiose e non le altre opere di urbanizzazione secondaria, quali per esempio scuole, ospedali, palestre, centri culturali. Si tratta in tutti i casi di impianti di interesse generale a servizio degli insediamenti abitativi che, in maniera non diversa dalle attrezzature religiose, possono presentare maggiore o minore impatto urbanistico in ragione delle loro dimensioni, della funzione e dei potenziali utenti. Il fatto che il legislatore regionale subordini solo le attrezzature religiose al vincolo di una specifica e preventiva pianificazione indica che la finalità perseguita è solo apparentemente di tipo urbanistico-edilizio, e che l'obiettivo della disciplina è invece in realtà quello di limitare e controllare l'insediamento di (nuovi) luoghi di culto. E ciò qualsiasi sia la loro consistenza, dalla semplice sala di preghiera per pochi fedeli al grande tempio, chiesa, sinagoga o moschea che sia.

In conclusione, la compressione della libertà di culto che la norma censurata determina, senza che sussista alcuna ragionevole giustificazione dal punto di vista del perseguimento delle finalità urbanistiche che le sono proprie, si risolve nella violazione degli artt. 2, 3, primo comma, e 19 Cost.

7.– Passando a esaminare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 72, comma 5, secondo periodo, della legge reg. Lombardia n. 12 del 2005, occorre soffermarsi in primo luogo sulle eccezioni di inammissibilità sollevate dalla Regione Lombardia.

7.1.– Secondo la Regione Lombardia, la questione è irrilevante innanzitutto perché l'atto impugnato davanti al giudice rimettente non farebbe riferimento alla previsione censurata (art. 72, comma 5), che non troverebbe dunque applicazione nel giudizio a quo.

Sebbene sia vero che l'atto impugnato non menziona l'art. 72, comma 5, e che esso si pronuncia su un'osservazione presentata nel procedimento di approvazione del PGT, l'eccezione di irrilevanza non è fondata. Il TAR infatti non si limita a contestare la discrezionalità delle scelte urbanistiche affidate ai comuni in relazione al quando deliberare sulle istanze di individuazione di un luogo di culto, ma precisa espressamente che, nel caso di specie, viene in rilievo il secondo periodo dell'art. 72, comma 5, e la necessità, in esso prevista, che il PAR venga approvato «unitamente al nuovo PGT», con la conseguenza

che resterebbero incerti e aleatori i tempi di risposta sull'istanza degli interessati, dato che, secondo il TAR, «l'Amministrazione non ha alcun obbligo di avviare il procedimento di revisione del PGT, per individuare le aree destinate a luogo di culto». E, in effetti, il baricentro delle questioni sollevate è proprio quello della necessaria approvazione del PAR contestualmente al nuovo PGT.

Ciò precisato, la motivazione offerta dal rimettente sulla rilevanza delle questioni investe due distinti profili.

Innanzitutto, è valorizzato il fatto che nel primo dei motivi aggiunti la ricorrente in due punti lamenta l'illegittimità del diniego perché, nella sua parte finale, la delibera impugnata afferma che «ogni determinazione in tal senso sarà oggetto di successiva ed ulteriore verifica in sede di futuro aggiornamento del PGT», come prescritto proprio all'art. 72, comma 5, secondo periodo. In secondo luogo, dopo aver affermato che l'art. 72, comma 5, vigente dal 2015, trova applicazione nel procedimento oggetto del giudizio a quo (iniziato con un'osservazione al PGT presentata nel 2011), il TAR osserva che, in base all'art. 72, comma 5, secondo periodo, «senza l'avvio del nuovo Piano del Governo del Territorio rimane senza tutela la posizione dell'Associazione: in tal senso è quindi innegabile la rilevanza della questione nel caso di specie».

Secondo il rimettente, pertanto, da un lato la legittimità dell'art. 72, comma 5, secondo periodo, condiziona la legittimità del rinvio, operato dal provvedimento impugnato, al futuro aggiornamento del PGT, dall'altro la questione è comunque rilevante perché il Comune non avrebbe potuto accogliere l'istanza senza avviare il procedimento per il nuovo PGT, a causa del vincolo discendente dall'art. 72, comma 5, secondo periodo.

La motivazione fornita sulla rilevanza è dunque sufficiente e plausibile.

7.2.– La seconda eccezione di inammissibilità è sviluppata dalla Regione Lombardia nella memoria depositata il 30 settembre 2019, nella quale lamenta che, «non motivando sugli ulteriori profili di ricorso, nonostante la loro priorità logico-giuridica, di fatto il Giudice a quo svincola la proposizione del dubbio di costituzionalità dal nesso di pregiudizialità».

In realtà il TAR rimettente afferma espressamente, basandosi sull'ordine dei motivi aggiunti fissato dalla stessa ricorrente, che la seconda censura può essere esaminata solo dopo aver deciso sulla prima, e poi argomenta (come appena visto) sulla rilevanza della questione di costituzionalità relativa all'art. 72, comma 5, ai fini della decisione del primo dei motivi aggiunti.

È comunque il caso di ricordare che, secondo la giurisprudenza di questa Corte, non è sindacabile l'ordine di esame delle questioni seguito dal rimettente, qualora esso si sviluppi in modo non implausibile (ad esempio, sentenze n. 120 del 2019 e n. 125 del 2018).

Nemmeno questa eccezione, dunque, è fondata.

8.– Nel merito, anche la questione di legittimità costituzionale relativa all'art. 72, comma 5, secondo periodo, della legge reg. Lombardia n. 12 del 2005, sollevata in riferimento agli artt. 2, 3 e 19 Cost., è fondata.

Come visto, la norma censurata stabilisce che, decorso il termine di diciotto mesi dall'entrata in vigore della legge reg. Lombardia n. 2 del 2015, il PAR «è approvato unitamente al nuovo PGT», il che significa che – come del resto precisato, con riferimento alla previsione in esame, anche nella circolare n. 3 del 20 febbraio 2017, recante gli indirizzi per l'applicazione della suddetta legge regionale – il PAR non può essere approvato «separatamente da un nuovo strumento di pianificazione urbanistica (PGT o variante generale)».

Seguendo un modello diffuso nella legislazione urbanistica regionale più recente, anche il legislatore regionale lombardo ha previsto un piano urbanistico comunale, denominato PGT, che si articola in tre atti: documento di piano, piano dei servizi e piano delle regole (art. 7 della legge reg. Lombardia n. 12 del 2005). Il documento di piano ha un contenuto ricognitivo-conoscitivo e determina gli obiettivi e le politiche di sviluppo del territorio. Esso ha validità quinquennale ed è sempre modificabile (art. 8 della citata legge regionale). Il piano dei servizi serve ad assicurare una dotazione globale di aree per attrezzature pubbliche e di interesse pubblico e generale, non ha termini di validità ed è sempre modificabile (art. 9 della stessa legge regionale). Infine, il piano delle regole ha i diversi contenuti indicati nell'art. 10 della legge regionale in questione, e anch'esso non ha termini di validità ed è sempre modificabile (art. 10, comma 6). Il complesso procedimento di approvazione degli atti costituenti il PGT è regolato dall'art. 13 della legge reg. Lombardia n. 12 del 2005; la stessa disciplina si applica «anche alle varianti agli atti costituenti il PGT» (art. 13, comma 13).

La contestualità di approvazione del PAR e del nuovo PGT (o di una sua variante generale), imposta dall'art. 72, comma 5, secondo periodo, fa sì che le istanze di insediamento di attrezzature religiose siano destinate a essere decise in tempi del tutto incerti e aleatori, in considerazione del fatto che il potere del comune di procedere alla formazione del PGT o di una sua variante generale, condizione necessaria per poter adottare il PAR (a sua volta condizione perché la struttura possa essere autorizzata), ha per sua natura carattere assolutamente discrezionale per quanto riguarda l'an e il quando dell'intervento.

La norma censurata, ostacolando la programmazione delle attrezzature religiose da parte dei comuni (a loro volta condizionati nell'esercizio della loro autonomia amministrativa in materia urbanistica, su cui, da ultimo, sentenza n. 179 del 2019), determina una forte compressione della libertà religiosa (che può addirittura spingersi fino a negare la libertà di culto), senza che a ciò corrisponda alcun reale interesse di buon governo del territorio. Secondo le

regole generali, infatti, la realizzazione di un impianto di interesse pubblico che richieda la modifica delle previsioni di piano si può tradurre in una semplice variante parziale. E comunque, quand'anche la previsione del nuovo impianto possa richiedere una riconsiderazione dell'intero ambito interessato, la valutazione in concreto dell'impatto della nuova struttura sul contesto circostante spetterebbe in via esclusiva al comune. La previsione ad opera della legge regionale della necessaria e inderogabile approvazione del PAR unitamente all'approvazione del piano che investe l'intero territorio comunale (il PGT o la sua variante generale) è dunque ingiustificata e irragionevole, e tanto più lo è in quanto riguarda l'installazione di attrezzature religiose, alle quali, come visto, in ragione della loro strumentalità alla garanzia di un diritto costituzionalmente tutelato, dovrebbe piuttosto essere riservato un trattamento di speciale considerazione.

È significativo che per gli altri impianti di interesse pubblico la legge reg. Lombardia n. 12 del 2005 non solo non esiga la variante generale del PGT ma non richieda neppure sempre la procedura di variante parziale, visto che «[l] a realizzazione di attrezzature pubbliche e di interesse pubblico o generale, diverse da quelle specificamente previste dal piano dei servizi, non comporta l'applicazione della procedura di variante al piano stesso ed e' autorizzata previa deliberazione motivata del consiglio comunale» (art. 9, comma 15, della citata legge regionale).

Anche nel caso dell'art. 72, comma 5, secondo periodo, si deve concludere che la disposizione censurata determina una limitazione dell'insediamento di nuove attrezzature religiose non giustificata da reali esigenze di buon governo del territorio e che essa, dunque, comprimendo in modo irragionevole la libertà di culto, viola gli artt. 2, 3 e 19 Cost.

9.– A seguito dell'accoglimento delle censure esaminate, le questioni riferite all'art. 97, all'art. 117, secondo comma, lettera m), e agli artt. 5, 114, secondo comma, 117, sesto comma, e 118, primo comma, Cost. restano assorbite.

Per Questi Motivi

LA CORTE COSTITUZIONALE

riuniti i giudizi,

1) dichiara inammissibili gli interventi spiegati dall'Associazione culturale Assalam di Cantù nei giudizi indicati in epigrafe;

2) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 72, comma 2, della legge della Regione Lombardia 11 marzo 2005, n. 12 (Legge per il governo del territorio), come modificato dall'art. 1, comma 1, lettera c), della legge della Regione Lombardia 3 febbraio 2015, n. 2, recante «Modifiche alla legge re-

gionale 11 marzo 2005, n. 12 (Legge per il governo del territorio) – Principi per la pianificazione delle attrezzature per servizi religiosi»;

3) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 72, comma 5, secondo periodo, della legge reg. Lombardia n. 12 del 2005, come modificato dall'art. 1, comma 1, lettera c), della legge reg. Lombardia n. 2 del 2015;

4) dichiara inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 72, comma 1, della legge reg. Lombardia n. 12 del 2005, come modificato dall'art. 1, comma 1, lettera c), della legge reg. Lombardia n. 2 del 2015, sollevate dal Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, in riferimento agli artt. 2, 3 e 19 della Costituzione, con l'ordinanza iscritta al reg. ord. n. 159 del 2018.

Osservazioni a prima lettura sulla sentenza n. 254/2019 della Corte costituzionale

Marco Croce

Sommario: *1. Una storia infinita: l'ennesima dichiarazione di incostituzionalità riguardo alla legislazione lombarda in materia di edilizia di culto – 2. Il caso e la sua rilevanza sulla struttura della decisione – 3. Gli obblighi dell'amministrazione in materia urbanistica come conseguenza della forza di una posizione costituzionale di libertà – 4. Qualche osservazione conclusiva*

1. Una storia infinita: l'ennesima dichiarazione di incostituzionalità riguardo alla legislazione lombarda in materia di edilizia di culto

Con la sentenza n. 254 del 2019 la Corte costituzionale interviene nuovamente, a distanza di tre anni, sulla legge urbanistica della regione Lombardia[1] riguardo alla parte che si occupa di edilizia di culto e, ancora una volta, censura con l'incostituzionalità alcune disposizioni di quel testo normativo[2].

---

[1] La legge urbanistica lombarda è stata definita in dottrina "legge anti moschee" e la volontà politica in tal senso non è mai stata negata dai proponenti che, anzi, ne hanno fatto materia da campagna elettorale per aumentare i propri consensi. Cfr. Giuseppe Casuscelli, *La nuova legge regionale lombarda sull'edilizia di culto: di male in peggio,* in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), n. 24 del 2015; Natascia Marchei, *La normativa della Regione Lombardia sui servizi religiosi: alcuni profili di incostituzionalità alla luce della recente novella introdotta dalla legge "anti-culto",* in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica,* 2015, p. 411 e ss.; Marco Parisi, *La disciplina giuridica civile dell'edilizia di culto tra promozione della libertà religiosa e istanze antidemocratiche di autoritarismo politico. Il caso della legge lombarda n. 2/2015*, in *Politica del diritto*, 2015, p. 461 e ss.; Anna Lorenzetti, *La nuova legislazione lombarda sugli edifici di culto fra regole urbanistiche e tutela della libertà religiosa*, in *Forum di Quaderni costituzionali – Rassegna, 6/2015*; Francesca Oliosi, *La legge regionale lombarda e la libertà di religione: storia di un culto (non) ammesso e di uno (non?) ammissibile*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), n. 3 del 2016.

[2] Nel 2002, invece, la Corte costituzionale aveva censurato, con la sentenza n. 346, l'art. 1 della legge della Regione Lombardia n. 20/1992, *Norme per la realizzazione di edifici di culto e di attrezzature destinate a servizi religiosi*, che assegnava contributi per l'edilizia di culto alle sole confessioni dotate di intesa. Tale legge è stata poi abrogata proprio dalle legge n. 12/2005, *Legge per il governo del territorio*, oggetto della decisione che si annota e della precedente n. 63/2016. In generale sulla problematica di questo filone giurisprudenziale v. ora il lavoro monografico di Natascia Marchei, *Il*

La decisione, in una qualche misura, si presenta come complementare rispetto alla precedente n. 63 del 2016[3], ma il tono sembra essere più decisamente orientato nel senso della garanzia effettiva del diritto di disporre di spazi adeguati per poter concretamente esercitare la libertà religiosa: nella sentenza di tre anni fa la Corte aveva sì dichiarato l'incostituzionalità di un paio di disposizioni, ma in relazione ad altre aveva rigettato la questione "nei sensi di cui in motivazione"; aveva probabilmente influito, sotto quest'ultimo aspetto della decisione, l'essere in presenza di un ricorso in via principale del Governo, con la conseguente maggiore astrattezza della questione di costituzionalità. Questa volta il giudice delle leggi è stato adito in via incidentale, su ordinanza di rimessione del T.A.R. Lombardia, e, dunque, la Corte, posta dinanzi alla pressione del caso concreto di interpretazione e applicazione della legge, che mostrava in tutta evidenza i segni della volontà di discriminare da parte dell'amministrazione, deve aver ritenuto che i "suggerimenti" che in via interpretativa di rigetto aveva fornito con la precedente sentenza riguardo ad alcune disposizioni non fossero più sufficienti in relazioni ad altre portate alla sua attenzione, ma fosse necessario orientare l'interpretazione censurando l'incostituzionalità di parte delle disposizioni portate alla sua attenzione. Di qui un tono molto perentorio che pervade tutta la decisione e che non sembra lasciare dubbi o margini di discrezionalità all'amministrazione, che a fronte di un diritto inviolabile non può che essere in situazione di attività vincolata, quanto meno riguardo all'*an*[4].

"diritto al tempio" dai vincoli urbanistici alla prevenzione securtaria. Un percorso giurisprudenziale, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, al quale si rinvia per approfondimenti bibliografici.

[3] Sulla quale si vedano i commenti di Marco Parisi, *Uguaglianza nella libertà delle confessioni religiose e diritto costituzionale ai luoghi di culto. In merito agli orientamenti della Consulta sulla legge regionale lombarda n. 2/2015*, in *Diritto e religioni*, 2016, p. 208 e ss.; Andrea Guazzarotti, *Diritto al luogo di culto ed eguaglianza tra Confessioni religiose: il rebus delle competenze*, in *Le Regioni*, 2016, p. 599 e ss.; Angelo Licastro, *La Corte costituzionale torna protagonista dei processi di transizione della politica ecclesiastica italiana?*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), n. 26 del 2016; Stefania Cantisani, *Luci e ombre nella sentenza Corte costituzionale n. 63 del 2016 (e nella connessa sentenza n. 52) tra affermazioni di competenza ed esigenze di sicurezza*, in *Consulta OnLine*, Studi 2017/I, p. 54 e ss.; Stefano Magnani, *L'esercizio pubblico del culto. Le preoccupazioni della Corte costituzionale nel suo ruolo di custode "tutelatrice" dei diritti fondamentali*, in *Osservatorio AIC*, 1/2017, p. 123 e ss.; Giuseppe Monaco, *Confessioni religiose: uguaglianza e governo del territorio (brevi osservazioni a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 63/2016)*, in *Forum di Quaderni costituzionali – Rassegna*, 6/2016; Anna Lorenzetti, *La Corte costituzionale e l'edilizia di culto: alla ricerca di un difficile equilibrio, fra riparto di competenze, libertà religiosa e il "convitato di pietra" dell'emergenza terrorismo*, in *Forum di Quaderni costituzionali – Rassegna, 5/2017*; volendo v. anche Marco Croce, *La giurisprudenza costituzionale in materia di edilizia di culto fra esigenze di eguale libertà e bisogno crescente di sicurezza*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2016, p. 647 e ss.

[4] Sul tema v., per tutti, Andrea Orsi Battaglini, *Attività vincolata e situazioni soggettive,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, p. 3 e ss.; per una declinazione parzialmente diversa con particolare riguardo alla tematica dell'edilizia di culto cfr. Nicola Pignatelli, *La dimensione fisica della libertà religiosa:*

2. Il caso e la sua rilevanza sulla struttura della decisione

Per meglio comprendere la portata e il senso della sentenza n. 254 del 2019 non si può prescindere da un rapido sguardo sui casi che hanno portato il T.A.R. Lombardia a sollevare la questione di incostituzionalità: le ordinanze di rimessione sono in realtà due e riguardano due ricorsi diversi di due associazioni culturali islamiche differenti; la Corte ha poi deciso di riunirle e di trattarle congiuntamente in quanto riguardanti disposizioni sotto più profili connesse e concernenti questioni in parte sovrapponibili, con identità di indicazione del parametro di giudizio, ossia gli artt. 2, 3 e 19 della Costituzione.

Per quanto attiene al primo caso, un'associazione volta a mantenere e valorizzare le tradizioni culturali dei paesi di origine dei musulmani residenti nel territorio (e a rafforzare il legame con i cittadini locali) ottenne un permesso edilizio nel 2016 al fine di adibire un complesso immobiliare ad attività di culto per soddisfare i bisogni di una piccola comunità di fedeli di circa sessanta famiglie; il comune annullò d'ufficio il permesso l'anno successivo e, ovviamente, contro l'annullamento venne presentato ricorso al giudice amministrativo.

Il secondo caso invece, molto più complesso, riguardava un'associazione culturale islamica di circa trecento persone che aveva chiesto dal lontano 2011 di prevedere nel piano di governo del territorio un'area per il culto islamico senza ottenere alcuna soddisfazione da parte dell'amministrazione comunale; ne seguì un contenzioso assai complesso in cui l'amministrazione comunale, più volte condannata e addirittura non ottemperante al giudicato amministrativo, si era poi fatta schermo della novella legislativa regionale del 2015 per emettere nuovi provvedimenti sulla base del nuovo assetto normativo che avevano riportato il contenzioso quasi alla casella di partenza[5].

Dai casi concreti che hanno dato adito alla questione di incostituzionalità si evince chiaramente come si sia in presenza di una pervicace volontà politica discriminatoria nel senso di ostacolare la costruzione di edifici, o il cambio di destinazione di manufatti già esistenti, necessari all'esercizio del culto, volontà discriminatoria indirizzata nel senso di impedire l'esercizio di un diritto costituzionale agli aderenti alla minoranza religiosa numericamente più significativa (assieme alla ortodossa) presente oggi nel nostro paese[6].

---

il diritto costituzionale ad un edificio di culto, in *www.federalismi.it*, n. 24/2015.

[5] Su questi aspetti non si può che rinviare alla lettura dei punti 1 e 4 del *Ritenuto in fatto* della sentenza n. 254/2019.

[6] A dimostrazione della costanza e della pervasività dell'operato discriminatorio delle amministrazioni locali lombarde, quasi in contemporanea rispetto alla decisione che si commenta è

Ma dai casi si evince pure che questa volontà politica può trovare una sicura copertura in disposizioni di legge emanate appositamente per consentire il rinvio *sine die* delle risposte da parte dell'amministrazione, sfruttando pure le fisiologiche lungaggini che i contenziosi giudiziari portano con sé: le disposizioni sulle quali il T.A.R. solleva la questione, cioè i commi 1, 2 e 5 dell'art. 72 della legge urbanistica lombarda[7], si caratterizzano a detta del giudice *a quo* per una subordinazione c*ompleta e assoluta* della realizzazione di attrezzature religiose a una programmazione in funzione delle esigenze locali a prescindere dalla caratteristiche in concreto di tali opere che, come emerge proprio dai casi che sono all'origine della vicenda, potrebbero anche non avere alcun impatto urbanistico. E tutto ciò ridonderebbe in un controllo pubblico totale esorbitante rispetto alle esigenze proprie della disciplina urbanistica in ordine all'apertura di qualsivoglia spazio destinato al culto, cosa che non accade rispetto ad altri luoghi di aggregazione sociale quali scuole, centri culturali, case di cura, palestre, ecc., per i quali non è prevista analoga rigida programmazione.

Un controllo che, secondo il giudice amministrativo, avocando al comune l'integrale programmazione della localizzazione e del dimensionamento delle attrezzature religiose, finirebbe, anche attraverso la manifesta inesistenza nella prassi di tempi certi e ragionevoli per l'ottenimento degli spazi di preghiera, per eccedere gli scopi propri della disciplina urbanistica, riproducendo la situazione che si aveva con la disciplina dei "culti ammessi" dichiarata incostituzionale dalla sentenza n. 59 del 1958 della Corte costituzionale.

---

stata emanata dalla IV Sezione del Consiglio di Stato la sentenza n. 8328/2019, riguardante il caso della moschea di Sesto San Giovanni, che ha confermato la decisione del T.A.R. Lombardia che aveva censurato l'illegittima risoluzione della convenzione urbanistica per l'edificazione di un centro di cultura islamico. Sul caso e sulla decisione del T.A.R. v. Michele Massa, *Il caso della moschea di Sesto San Giovanni*, in *Diritti regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, n. 2/2018 (*https://www.dirittiregionali.it/2018/05/25/il-caso-della-moschea-di-sesto-san-giovanni/*).

[7] Le disposizioni impugnate così recitano: Art. 72. (Piano per le attrezzature religiose) (articolo così sostituito dall'art. 1, comma 1, lettera c), legge reg. n. 2 del 2015):

1. 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 (su questa disposizione la questione è stata dichiarata inammissibile dalla sentenza in commento).

2. 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 (questa disposizione è stata dichiarata costituzionalmente illegittima)

5. 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 legge regionale 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* (di questo comma è stata dichiarata incostituzionale la parte evidenziata in corsivo).

3. Gli obblighi dell'amministrazione in materia urbanistica come conseguenza della forza di una posizione costituzionale di libertà

Su questa prospettazione del giudice rimettente, strutturata dalle evidenze promananti dal caso concreto, la Corte costituzionale ha operato con estrema decisione: se nell'ordito motivazionale della s. n. 63 del 2016 aleggiava una certa prudenza e una qualche eccessiva tendenza a rinviare al contenzioso amministrativo la garanzia della realizzazione del dettato costituzionale in questa materia, nella s. n. 254 del 2019 ci troviamo dinanzi, invece, ad asserzioni molto nette e decise, che rendono evidente la volontà del giudice delle leggi di "bacchettare" le amministrazioni locali che continuano pervicacemente a operare *contra constitutionem* nonostante dalla giurisprudenza costituzionale si evinca con chiarezza che il diritto all'edificio di culto può essere sottoposto a limiti (ma non può essere totalmente compresso) solo in ragione di necessità promananti da disposizioni di rango gerarchico e assiologico di pari grado rispetto al diritto di libertà religiosa.

Dopo aver dichiarato l'inammissibilità della questione per difetto di rilevanza riguardo al comma 1 dell'art. 72[8], la Corte ha utilizzato la stessa tecnica argomentativa usata nella s. n. 63: una sorta di preambolo in cui ha scolpito le *necessità costituzionali* promananti dall'art. 19 Cost. letto in combinato disposto con gli artt. 2 e 3, e poi le dichiarazioni di incostituzionalità motivate alla luce del parametro richiamato.

A differenza del "preambolo" della sentenza precedente, pare a chi scrive che il giudice delle leggi abbia voluto specificare già in quella sede la sostanza degli obblighi delle amministrazioni a fronte di un diritto fondamentale: leggiamo così che la libertà religiosa, diritto inviolabile dell'uomo, ha anche una valenza "positiva", non nel senso di maggior meritevolezza o di *favor religionis*, ma nel senso proprio di una forma di stato sociale che, ai sensi dell'art. 3, comma 2, ha il compito di realizzare le condizioni per l'uguaglianza nella libertà rimuovendo gli ostacoli all'esercizio dei diritti costituzionali, tanto che la Corte parla esplicitamente di «tutela del pluralismo, a sostegno della massima espansione della libertà di tutti, secondo criteri di imparzialità»[9], cioè la vera essenza del principio di laicità dello Stato.

Dinanzi a una posizione di libertà costituzionale non ci sono dubbi che l'attività dell'amministrazione sia sottoposta a doveri con conseguente riduzione al minimo dell'area della discrezionalità amministrativa e, quanto all'*an*

---

[8] Si veda a tal riguardo il punto 5.1 del C*onsiderato in diritto*.

[9] Punto 6 del *Considerato in diritto*, da cui sono tratte anche le citazioni successive.

della soddisfazione del diritto, della sua totale scomparsa: «La libertà di culto *si traduce nel diritto* di disporre di spazi adeguati per poterla concretamente esercitare (sentenza n. 67 del 2017) e comporta perciò più precisamente *un duplice dovere delle autorità pubbliche cui spetta di regolare e gestire l'uso del territorio*»[10]; *a)* «implica che le amministrazioni competenti *prevedano e mettano* a disposizioni spazi pubblici per le attività religiose»; *b)* «impone che non si frappongano ostacoli ingiustificati all'esercizio del culto nei luoghi privati e che non si discriminino le confessioni nell'accesso agli spazi pubblici».

Come pare evidente dalla lettura dei brani della motivazione riportati, con un uso dell'indicativo presente che assomiglia molto all'imperativo nel tono, siamo dinanzi all'esplicitazione della portata pratica del diritto di libertà religiosa che impone attività all'amministrazione, che si trova dunque in generale dinanzi a un vincolo che non le consente discrezionalità. La discrezionalità amministrativa la si recupera solo per quanto riguarda il *quantum* e il *quomodo* dell'allocazione degli spazi da destinare a edilizia di culto, ma riguardo all'*an* di sicuro non sussiste e riguardo al *quando* non può essere esercitata in maniera tale da lasciare indeterminatezza dei tempi delle procedure. La Corte infatti precisa, come già aveva fatto nella s. n. 63, che il criterio della presenza sul territorio e della consistenza numerica della confessione può ben guidare le scelte amministrative riguardo il *quantum* di spazio da concedere. Ma non può viceversa portare a negare il diritto ad avere spazi adeguati.

Poste queste premesse concettuali il giudice delle leggi procede a dichiarare incostituzionali i commi 2 e, parzialmente, il 5 dell'art. 72: quanto al comma 2 la Corte, dopo aver precisato che in ragione del *peculiare rango* della libertà di culto «la stessa disciplina urbanistico-edilizia deve far fronte, con riferimento alle attrezzature religiose, all'ulteriore esigenza della *necessaria previsione di luoghi per il loro insediamento*, con la conseguenza che essa non può comportare l'esclusione o l'eccessiva compressione della possibilità di realizzare strutture di questo tipo»[11], e aver sottolineato che la previsione di uno speciale piano dedicato alle attrezzature religiose non sia di per sé illegittima – purché essa persegua lo scopo del corretto insediamento delle attrezzature religiose aventi impatto urbanistico e che tenga comunque conto della necessità di favorire l'apertura di luoghi di culto – afferma con nettezza che il disposto dell'art. 72

[10] Sulla sentenza n. 67/2017 richiamata dalla Corte cfr. almeno: Francesca Oliosi, *Libertà di culto, uguaglianza e competenze regionali nuovamente al cospetto della Corte Costituzionale: la sentenza n. 67 del 2017*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), n. 29 del 2017; Edoardo Caterina, *La lingua italiana negli edifici di culto tra "palese irragionevolezza", riparto di competenze Stato-Regioni e libertà di lingua,* in *Le Regioni*, 2017, p. 839 e ss.

[11] Punto 6.3 del *Considerato in diritto* (corsivo aggiunto).

comma 2 non risponde a questo modello ed è dunque incostituzionale.

In particolare, il carattere assoluto della previsione della necessità del PAR, a prescindere dal carattere pubblico o privato delle nuove attrezzature religiose, della loro dimensione, della specifica funzione e del loro impatto urbanistico, che potrebbe, come i casi concreti mostrano, essere pure irrilevante, rende incostituzionale la previsione di cui alla legge urbanistica lombarda: «L'effetto di tale assolutezza è che anche attrezzature del tutto prive di rilevanza urbanistica, solo per il fatto di avere destinazione religiosa (si pensi a una piccola sala di preghiera privata di una comunità religiosa), devono essere preventivamente localizzate nel PAR, e che, per esempio, i membri di un'associazione avente finalità religiosa non possono riunirsi nella sede privata dell'associazione per svolgere attività di culto, senza una specifica previsione nel PAR»[12]. E ciò, conclude la Corte sul punto, è a maggior ragione incostituzionale considerando il fatto che qualsiasi altra attività associativa, purché non religiosa, può essere svolta senza questi obblighi previsti solo per l'esercizio della libertà religiosa (in realtà gravante solo sui "nuovi gruppi religiosi", visto che quelli di più antico insediamento hanno ovviamente già a disposizione gli spazi): «Il fatto che il legislatore regionale subordini *solo* le attrezzature religiose al vincolo di una specifica e preventiva pianificazione indica che la finalità perseguita è solo apparentemente di tipo urbanistico-edilizio, e che l'obiettivo della disciplina è invece in realtà quello di *limitare e controllare l'insediamento di (nuovi) luoghi di culto*. E ciò qualsiasi sia la loro consistenza, dalla semplice sala di preghiera per pochi fedeli al grande tempio, chiesa, sinagoga o moschea che sia»[13]. Sembra difficile rintracciare nella giurisprudenza precedente affermazioni così nette del giudice delle leggi.

A non diversa sorte è andato incontro l'ultimo periodo del comma 5 dell'art. 72 che imponeva la contestuale approvazione del PAR e del piano di governo del territorio (c.d. PGT)[14], un piano urbanistico comunale diffuso nella legislazione urbanistica regionale più recente.

La scure della Corte si è in questo caso abbattuta sull'irragionevolezza di una disposizione che rende totalmente incerto e aleatorio il procedimento che porta a ottenere l'utilità richiesta sulla base della posizione costituzionale di

---

[12] *Ibidem*.

[13] *Ibidem*.

[14] Come evidenziato dalla Corte nel punto 8 del *Considerato in diritto* il «documento di piano ha un contenuto ricognitivo-conoscitivo e determina gli obiettivi e le politiche di sviluppo del territorio. Esso ha validità quinquiennale ed è sempre modificabile. Il piano dei servizi serve ad assicurare una dotazione globale di aree per attrezzature pubbliche e di interesse pubblico e generale, non ha termini di validità ed è sempre modificabile».

diritto invocata: «La contestualità di approvazione del PAR e del nuovo PGT … fa sì che le istanze di insediamento di attrezzature religiose siano destinate a essere decise *in tempi del tutto incerti e aleatori*, in considerazione del fatto che il potere del comune di procedere alla formazione del PGT o di una sua variante generale, condizione necessaria per poter adottare il PAR (a sua volta condizione perché la struttura possa essere autorizzata), ha per sua natura carattere assolutamente discrezionale per quanto riguarda l'*an* e il *quando* dell'intervento»[15]. Ma, come si è visto in precedenza, dalle premesse interpretative che sono alla base dell'intervento del giudice delle leggi, sull'*an* e sul *quando* l'amministrazione ha obblighi da soddisfare, non potere da esercitare.

Di conseguenza l'esito non ha che potuto essere quello della dichiarazione di incostituzionalità, anche tenuto conto del fatto, chiude la Corte, che è significativo «che per gli altri impianti di interesse pubblico la legge … non solo non esiga la variante generale del PGT ma non richieda neppure sempre la procedura di variante parziale»[16]. Come a dire che con questa normativa si era in buona sostanza in presenza di una penalizzazione dell'elemento religioso (anche se, in realtà, l'intento era, come si è visto, la discriminazione di un ben preciso elemento religioso), cosa vietata altresì letteralmente dall'art. 20 della Costituzione, che non è stato invocato né dal giudice *a quo*, né *ad abundantiam* dal giudice delle leggi, a riprova, a parere di chi scrive, della sua sostanziale inutilità e assenza di autonomia, visto che l'operatività del divieto discriminazione, anche in questo caso, si ottiene alla stessa maniera attraverso la lettura congiunta degli artt. 2, 3 e 19 Cost. che caratterizza costantemente la giurisprudenza costituzionale in materia.

4. Qualche osservazione conclusiva

Come si è cercato di mostrare, con la sentenza n. 254 del 2019 la Corte costituzionale sembra avere abbandonato la prudenza che pareva averla guidata tre anni fa nelle sentenze n. 52 e 63 del 2016, che parevano inclinare entrambe, pur nella diversità dell'oggetto, verso il riconoscimento di un'ampia area di discrezionalità dei pubblici poteri nella selezione degli interlocutori confessionali e nell'attribuzione, agli uni e agli altri, delle utilità rivendicate da questi ultimi sulla base delle posizioni soggettive costituzionalmente rilevanti di cui sono titolari.

---

[15] Punto 8 del *Considerato in diritto*.

[16] *Ibidem*.

Probabilmente l'incidentalità del giudizio di costituzionalità ha in qualche misura costretto il giudice delle leggi a scendere dal piano astratto dei principî a quello concreto della loro realizzazione e la pressione di casi concreti in cui è evidente la volontà della pubblica amministrazione di discriminare continuando nel solco di una politica *contra constitutionem* non ha potuto che avere come conseguenza un cambio di registro nei toni e nelle asserzioni motivazionali che è da salutare con particolare favore, perché, con estrema nettezza, ha ricondotto "la discrezionalità urbanistica, che spetta al Comune anche riguardo agli edifici di culto, nella dimensione di *doverosa strumentalità alla realizzazione dell'art. 19 e dell'art. 3, secondo comma, Cost*."[17].

Certo, fatto il suo dovere la Corte, resta che senza una diffusa politica a ogni livello orientata alla laicità (di cui pare non esserci traccia nell'agone politico-amministrativo), ossia all'equidistanza e all'imparzialità, a tutela del pluralismo, a sostegno della massima espansione della libertà di tutti, in futuro, la storia infinita delle dichiarazioni di incostituzionalità sulla legislazione urbanistica lombarda non potrà che riservarci altre occasioni di sentenze da annotare.

---

[17] Così Michele Massa, *Il caso della moschea di Sesto San Giovanni*, cit., p. 3, a proposito della decisione del T.A.R. Lombardia in quel caso con parole che si attagliano perfettamente anche riguardo alla s. n. 254/2019 (corsivo aggiunto).

Presentazione

Anche in questo numero la rubrica menziona i testi legislativi più recenti e di maggior clamore, senza dimenticare le sentenze-fenotipo da cui cogliere l'evoluzione dei varî orientamenti giurisprudenziali.

In merito alla laicità dello Stato, vi sono sentenze francesi sulla finanziabilità di restauri e manutenzione di edifici di culto se usati anche per scopi 'profani', sulla possibilità anche per enti certificatori confessionali di rilasciare diplomi d'idoneità per l'insegnamento nelle scuole pubbliche statali; una sentenza indiana sull'incompetenza ed impossibilità per uno Stato laico a giudicare se atti di culto protratti nel tempo abbiano effetti sacralizzanti su beni immobili.

Sulla libertà religiosa, ecco sentenze francesi sulla non strumentalizzabilità delle persecuzioni religiose per scopi d'asilo politico; sentenze inglesi sulla natura non religiosa del vegetarianesimo e su quelle invece religiosa del veganesimo; la nuova Costituzione cubana (estratti); la nuova legge del Montenegro sulla libertà religiosa (integrale).

Riguardo alla Chiesa cattolica, il provvedimento d'urgenza brasiliano sull'ammissibilità del programma di Netflix con satira a soggetto religioso estremamente pesante.

Sull'Ebraismo, sentenze francesi sull'eccessiva semplificazione di critiche sul piano storico, e sull'inammissibilità di ripetute espressioni di sarcasmo sulla Shoah.

Sull'Islam, sentenze francesi sull'ammissibilità del velo islamico nelle scuole pubbliche per tutte le attività non didattiche, sulla possibilità di demansionamento lavorativo per motivi religiosi, sulla necessità di tener conto delle sensibilità religiose anche di chi si reca in visita nelle carceri; sentenze tedesche sull'ammissibilità di licenziamenti per ironia ripetuta, sulla congedabilità dall'Esercito per motivi religiosi, sulla differenza fra corsi di 'religione islamica' e di 'cultura islamica'.

Parlando del finanziamento dei culti, una sentenza canadese sulla non riconoscibilità come confessione religiosa d'un'associazione ateistica, e una sentenza tedesca sull'improvvisa scoperta d'un'appartenenza religiosa.

Laicità dello Stato

FRANCIA

Cour Administrative d'Appel di Marsiglia, 14 ottobre 2019, n. 18MA00120, inedita sul Massimario Lebon

http://marseille.cour-administrative-appel.fr/

Un Comune stipula un accordo con i proprietari d'una chiesetta privata, edificata nel 1882, per poterla utilizzare, insieme ai suoi mobili ed arredi ed alla corte prospiciente, in occasione della 'festa del pane' del I maggio, e per altre feste, avvenimenti o cerimonie a carattere pubblico, entro il limite di 10 giorni all'anno.

L'accordo viene impugnato per presunta violazione della *laïcité* dello Stato e della legge di separazione: respinta in primo grado, la causa viene riproposta in appello, ma la Corte Amministrativa d'Appello di Marsiglia conferma la sentenza di primo grado: l'accordo concluso dal Comune ha per oggetto un edificio, i suoi arredi e lo spazio antistante, il fatto che si tratti di una chiesetta privata è accidentale e secondario, e quindi irrilevante, ma comunque, anche se l'accordo avesse invece avuto ad oggetto expressis verbis la chiesetta qua talis, dal momento che il Comune programmava d'organizzarvi feste o cerimonie civili, e non religiose, né tampoco atti di culto, non sarebbe comunque stata violata la *laïcité* ex art. 1 Cost., e poiché la chiesetta appartiene a privati, e non alla diocesi o comunque ad una persona giuridica riconducibile alla Chiesa cattolica, non v'è nemmeno violazione della legge di Separazione, dove, ex art. 2, dice che "La République ne reconnaît, ne salarie ni ne subventionne aucun culte".

Conseil d'État, 21 ottobre 2019, n. 424692, inedita sul Massimario Lebon

https://www.conseil-etat.fr/

Secondo la normativa vigente (art. 1 del decreto 20 luglio 2015), per la nomina di alcune categorie di personale docente, è necessario che i candidati abbiano, fra gli altri requisiti, anche un certificato attestante la loro idoneità come formatori; il Ministero per l'Educazione Nazionale e la Gioventù

dà l'autorizzazione a rilasciare tali certificati anche al Segretariato generale dell'Insegnamento cattolico, che è un'organizzazione confessionale: immediato ricorso da parte del Sindacato Nazionale dell'Insegnamento Privato, che sostiene ciò costituisca violazione della *laïcitè* e della legge di Separazione.

Il Consiglio di Stato respinge il ricorso, affermando che la valutazione dell'idoneità dei candidati avviene secondo schemi e procedure stabilite dal Ministero ed uguali per tutti gli enti certificatori, sicché non solo l'autorizzazione concessa, fra le tante, anche ad un'organizzazione confessionale cattolica non viola né la *laïcité* costituzionale, né la legge di Separazione, ma anche che, al contrario, negare quest'autorizzazione alle organizzazioni confessionali sulla sola base di questa loro caratteristica avrebbe costituito una discriminazione religiosa, che la Repubblica, proprio perché laica, non può assolutamente fare.

INDIA
Supreme Court of India, affaire Siddiq vs Mahant Suresh Das et Ors, del 9 novembre 2019

www.sci.gov.in

Il caso nasce da una disputa tra le comunità indù e musulmana dell'India, per la proprietà di un pezzo di terra di 1500 metri quadrati nella città di Ayodhya. Gli Indù lo rivendicano come luogo di nascita di Lord Ram, un'incarnazione di Vishnu, mentre i Musulmani la rivendicano come il sito di una storica moschea, Babri Masjid costruita dal primo imperatore Mogol, Babur, intorno al 1526.

Gli Indù affermano che la terra era il sito di un tempio indù che fu demolito da Babur e che avrebbe dovuto essere restituito al culto induista, mentre i Musulmani affermano che, comunque stessero le cose nel 1526, ormai il sito da secoli era usato per il culto musulmano, era stato quindi in qualche modo 'sacralizzato' all'Islam, e non potrebbe tornare ad essere utilizzato per templi di altre confessioni religiose.

In una rivolta del 1992, la moschea fu di fatto demolita e da allora la terra è rimasta contesa senza luoghi di culto, e nel frattempo l'Archaeological Survey of India ha trovato le prove di un tempio pre-islamico sotto le rovine della moschea.

Nella sua decisione unanime, la Corte Suprema ha affermato che, essendo l'India uno Stato laico, le sue Corti sono possono e non debbono per valutare se effettivamente un luogo usato per tanti secoli dal culto islamico sia stato o

meno ad esso sacralizzato diventando indisponibile per altri culti, trattandosi di questioni teologiche che non solo esulano, ma sono anche irrilevanti per l'ordinamento giuridico indiano; l'unica cosa rilevante essendo i dati di fatto concreti e reali, dal momento ch'è stata accerata la presenza d'un tempio indù precedente la moschea, la Corte ha assegnato il luogo conteso agli Indù per la costruzione di un tempio, con la comunità musulmana compensata dalla costruzione di una nuova moschea altrove.

La Corte, tuttavia, ha condannato la distruzione della Moschea nel 1992 come contraria allo stato di diritto ed è implicito nel giudizio che se la Moschea fosse rimasta in piedi, allora i Musulmani avrebbero mantenuto la proprietà della terra.

Libertà religiosa

FRANCIA
Cour Administrative d'Appel di Douai, 5 novembre 2019, n. 19DA01203, inedita sul Massimario Lebon

http://douai.cour-administrative-appel.fr/

L'immigrato entrato clandestinamente in Francia, che non avesse mai avviato le procedure di regolarizzazione, e che solo dopo essere stato scoperto, arrestato e fatto oggetto di provvedimento d'espulsione invoca lo status di rifugiato per motivi di persecuzione religiosa nel proprio Paese d'origine, per poter evitare di rientrarvi deve dimostrare non già che vi siano in generale forme di persecuzione religiosa, bensì che sarebbe lui personalmente esposto a rischi diretti di sanzioni o trattamenti persecutori: la libertà religiosa, infatti, è un principio/diritto troppo importante perché si possa permettere che venga invocata solo strumentalmente, utilizzandola come pretesto.

REGNO UNITO
Norwich Employment Tribunal, affaire Conisbee vs Crossley Farms Ltd & Ors, n. ET 3335357/2018, del 17 maggio 2019.

https://www.gov.uk/courts-tribunals/employment-tribunal

Il Vegetarianismo non rientra nell'ambito di protezione dell'Equality Act 2010, perché è una semplice opinione, e non è una convinzione filosofica: la differenza consiste nel fatto che quest'ultima ha una portata generale, nel senso che caratterizza ed orienta l'intera vita di una persona, mentre un'opinione ha una portata settoriale, nel senso che assume rilevanza solo rispetto a fattispecie specifiche.

Per questo motivo, un licenziamento motivato da vegetarianismo è perfettamente lecito.

Norwich Employment Tribunal, affaire Casamitjana Costa vs The League against cruel sports, n. 3331129/2018, del 3 gennajo 2020.

https://www.gov.uk/courts-tribunals/employment-tribunal

Il Veganismo etico è una convinzione filosofica che rientra nell'ambito di protezione dell'Equality Act 2010, poiché risponde a numerosi requisiti, incluso il fatto che è degno di rispetto in una società democratica, non è incompatibile con la dignità umana e non è in conflitto con i diritti fondamentali degli altri.

Per questa ragione, un licenziamento motivato unicamente dalla condivisione di questa convinzione filosofica è discriminatorio, e quindi nullo.

REPÚBLICA DE CUBA
Nuova Costituzione della Repubblica cubana
Gaceta Oficial Extraordinaria de 10 de abril de 2019, n. 5

https://www.gacetaoficial.gob.cu/html/constitucion_de_la_republica.html

(riportiamo solo gli articoli relativi alla libertà religiosa)

ARTÍCULO 15. El Estado reconoce, respeta y garantiza la libertad religiosa.

El Estado cubano es laico. En la República de Cuba las instituciones religiosas y asociaciones fraternales están separadas del Estado y todas tienen los mismos derechos y deberes.

Las distintas creencias y religiones gozan de igual consideración.

…

ARTÍCULO 32. El Estado orienta, fomenta y promueve la educación, las ciencias y la cultura en todas sus manifestaciones.

En su política educativa, científica y cultural se atiene a los postulados siguientes: […]

b) la enseñanza es función del Estado, es laica y se basa en los aportes de la ciencia y en los

principios y valores de nuestra sociedad;

…

ARTÍCULO 42. Todas las personas son iguales ante la ley, reciben la misma protección y

trato de las autoridades y gozan de los mismos derechos, libertades y opor-

tunidades, sin ninguna discriminación por razones de sexo, género, orientación sexual, identidad de género, edad, origen étnico, color de la piel, creencia religiosa, discapacidad, origen nacional o territorial, o cualquier otra condición o circunstancia personal que implique distinción lesiva a la dignidad humana. […]

…

ARTÍCULO 54. El Estado reconoce, respeta y garantiza a las personas la libertad de pensamiento, conciencia y expresión.

La objeción de conciencia no puede invocarse con el propósito de evadir el cumplimiento de la ley o impedir a otro su cumplimiento o el ejercicio de sus derechos.

…

ARTÍCULO 57. Toda persona tiene derecho a profesar o no creencias religiosas, a cambiarlas y a practicar la religión de su preferencia, con el debido respeto a las demás y de conformidad con la ley.

REPUBBLICA DI MONTENEGRO

Legge per la libertà di religione o di credenza e sulla posizione legale delle comunità religiose, del 27 dicembre 2019, in Službeni list Crne Gore, n. 74/2019, del 30 dicembre 2019, n. 1783

http://www.sluzbenilist.me/pregled-dokumenta/?id={49BA215C-707F-46B5-A656-8F10ACACC940}

Titolo I. Disposizioni di base

Articolo 1

La libertà di pensiero, coscienza e religione previste dalla Costituzione e confermate e promulgate dagli accordi internazionali devono essere esercitate conformemente alla presente legge.

Lo Stato garantisce il libero esercizio della libertà di pensiero, coscienza e religione.

Articolo 2

La libertà di pensiero è assoluta e inviolabile.

Articolo 3

La libertà di esprimere la propria religione o credo è soggetta solo alle restrizioni necessarie in una società democratica nell'interesse della sicurezza

pubblica, della protezione dell'ordine pubblico, della salute o della morale o la protezione dei diritti e delle libertà altrui.

La misura di restrizione deve essere commisurata all'obiettivo legittimo di cui al paragrafo 1 del presente articolo, e l'autorità pubblica deve fare attenzione a non applicare misure restrittive rigorose se l'obiettivo legittimo può essere raggiunto con una misura meno restrittiva.

Articolo 4

La libertà di religione o di credo protegge le credenze teistiche, non teistiche e atee, così come il diritto di non esercitare alcuna religione o credo quando si agisce sulla propria coscienza.

La libertà di religione o di credo implica il diritto di tutti, agendo da soli o in forma associata con altri, di praticare la propria religione, pubblicamente o privatamente, o una convinzione filosofico-religiosa, mediante preghiera, predica, tradizioni, riti o altro, il diritto di accettare o cambiare la religione o le convinzioni personali, la libertà di partecipare all'istruzione e all'insegnamento religiosi, o le istruzioni o gli insegnamenti adeguati alla propria convinzione, e il diritto di coltivare e sviluppare una tradizione religiosa in conformità con le proprie convinzioni.

Articolo 5

La libertà di coscienza implica anche il diritto di un individuo di rifiutare, a norma di legge, l'adempimento di un obbligo militare o di altro tipo che implichi l'uso di armi (obiezione di coscienza).

Articolo 6

Una comunità religiosa è un'associazione volontaria e senza scopo di lucro di persone della stessa religione, fondata per l'espressione pubblica o privata della religione, che esegue riti religiosi e ha una propria struttura, organi, regole interne e dottrina religiosa.

Una comunità di credenze, ai sensi di questa legge, è un'organizzazione volontaria e senza fini di lucro istituita per perseguire determinati obiettivi o interessi comuni o generali derivanti da credenze comuni.

Articolo 7

Le comunità religiose sono chiese, comunità di credenti e altre forme istituzionali di attività religiosa.

La comunità religiosa è libera di eseguire rituali religiosi.

La comunità religiosa decide liberamente su:

- organizzazione interna, formazione, composizione, poteri e funziona-

mento dei suoi organi;

- nomina e autorità dei loro associati religiosi e d'altro personale religioso;
- i diritti e gli obblighi dei loro fedeli, a condizione che non interferiscano con la loro libertà religiosa;
- il collegamento o la partecipazione ad organizzazioni interreligiose con sede in Montenegro o all'estero.

Articolo 8

Le attività delle comunità religiose non devono essere dirette contro altre comunità e religioni religiose se tali attività sono inadeguate e offensive.

Nelle loro attività, le comunità religiose sono soggette solo alle restrizioni prescritte dalla legge, che sono necessarie in una società democratica per la protezione della pubblica sicurezza, dell'ordine pubblico, della salute o della morale, o per la protezione dei diritti e delle libertà altrui, e queste restrizioni devono essere proporzionate ai valori tutelati.

Articolo 9

In Montenegro, nessuna religione ha lo status di religione di stato.

Le relazioni tra lo Stato e le comunità religiose si basano sulla reciproca comprensione e cooperazione, in particolare nel campo delle attività benefiche, sociali, sanitarie, educative e culturali.

Lo Stato e le comunità religiose incoraggiano la tolleranza, il dialogo e il rispetto tra credenti di diverse comunità religiose, nonché tra credenti e non credenti.

Articolo 10

Alcune questioni di interesse comune per il Montenegro e una o più comunità religiose possono essere risolte da un'intesa conclusa dal governo del Montenegro (di seguito: il governo) e dalle comunità religiose.

Articolo 11

La comunità religiosa gestisce autonomamente la propria proprietà sulla base di regolamenti autonomi, in conformità con la legge.

Articolo 12

I beni che rappresentano il patrimonio culturale del Montenegro e sui quali la comunità religiosa ha il diritto di proprietà o di uso, non possono essere alienati, trasferiti o rimossi dallo stato senza il consenso del governo.

Prima di prendere la decisione di cui al comma 1 del presente articolo, il governo deve chiedere il parere della comunità religiosa.

Articolo 13

Nessuno può in alcun modo essere costretto o impedito di diventare o rimanere un membro della comunità religiosa, o di partecipare o partecipare all'esercizio della religione o del credo.

A nessuno è impedito di esercitare i propri diritti secondo la legge in virtù dell'appartenenza o appartenenza a una comunità religiosa.

Articolo 14

Sono vietate tutte le forme di discriminazione diretta o indiretta per motivi di religione o di credo e l'incitamento all'odio e all'intolleranza religiosa.

Non è considerata discriminatoria, ai sensi del comma 1 del presente articolo, l'appartenenza a una determinata comunità religiosa come condizione legittima per l'impiego in una comunità religiosa o in una sua struttura organizzativa quando l'affiliazione a una comunità religiosa è una condizione insostituibile e una giustificazione ragionevole per la presenza di tale condizione per l'impiego.

Articolo 15

La raccolta, il trattamento e la protezione dei dati sulla religione o le convinzioni personali o di gruppo vengono effettuati in conformità con la legge che disciplina la protezione dei dati personali.

Articolo 16

I termini usati in questa legge per le persone fisiche di genere maschile si riferiscono allo stesso modo alle persone fisiche di genere femminile.

Articolo 17

L'attuazione di questa legge è controllata dal Ministero competente per la protezione dei diritti umani e delle minoranze (di seguito: il Ministero).

Titolo II. Registrazione e registri delle comunità religiose.

Articolo 18

La comunità religiosa acquisisce lo status di entità giuridica mediante l'iscrizione nel registro delle comunità religiose (di seguito: il Registro), gestito dal Ministero.

Il registro è costituito da un archivio di dati ed una raccolta di documenti.

Il contenuto e le modalità di tenuta del registro, come registro pubblico, sono stabiliti dal Ministero

Articolo 19

La registrazione di una comunità religiosa o parte di una comunità religiosa la cui sede principale sia all'estero è facoltativa.

La comunità religiosa o parte di una comunità religiosa la cui sede principale fosse all'estero è libera di decidere se richiedere l'iscrizione nel registro.

Articolo 20

Una comunità religiosa può registrarsi se ci sono almeno tre credenti a tempo pieno che siano cittadini montenegrini e risiedono in Montenegro, oppure cittadini di un altro Stato o apolidi a cui è stata concessa la residenza permanente in Montenegro, conformemente alla legge.

Articolo 21

Una domanda di registrazione di una comunità religiosa deve essere presentata al Ministero da una persona autorizzata a rappresentare la comunità religiosa.

La domanda di cui al paragrafo 1 del presente articolo comprende:

1) il nome di una comunità religiosa, che deve essere distinta dal nome di altre comunità religiose per evitare confusione o errori nell'identificazione a causa della somiglianza con il nome di un'altra comunità registrata;

2) sede e indirizzo della comunità religiosa in Montenegro.

Con la domanda di cui al paragrafo 1 del presente articolo, si allega quanto segue:

- la decisione ufficiale istitutiva, se si tratta di una comunità religiosa di recente costituzione, con informazioni sulle persone di cui all'articolo 20 della presente legge (nome, documenti di cittadinanza e residenza o residenza permanente per gli stranieri), con propria firma;
- informazioni sulla persona autorizzata a rappresentare la comunità religiosa (nome, documenti di cittadinanza e residenza o residenza permanente per stranieri), con la propria firma da sola.

Nel caso in cui diverse comunità religiose dichiarassero di avere il diritto di usare lo stesso nome o simili, o che più persone dichiarino di essere autorizzate a rappresentare la comunità religiosa, o che la comunità religiosa si opponga all'autorità di una determinata persona per rappresentarla, il Ministero deciderà su questo in conformità con la legge con cui la procedura amministrativa è regolata.

Articolo 22

Se la persona autorizzata a rappresentare la comunità religiosa non presenta una domanda di registrazione ai sensi dell'articolo 21 della presente legge, il Ministero rifiuta di registrare la comunità religiosa.

Un ricorso può essere presentato contro la decisione di cui al paragrafo 1 del presente articolo dinanzi al tribunale amministrativo del Montenegro.

Articolo 23

La parte organizzativa della comunità religiosa che opera in Montenegro, il cui centro religioso è all'estero, che finora non è stata registrata presso l'ente amministrativo competente in Montenegro, con l'applicazione di cui all'articolo 21 della presente legge, deve essere autorizzata dalla decisione dell'organismo competente e della comunità religiosa di iscriversi al Registro generale.

Articolo 24

Le comunità religiose registrate presso l'autorità amministrativa competente in Montenegro in conformità con la legge sullo status giuridico delle comunità religiose (Gazzetta ufficiale della Repubblica di Serbia, n. 9/77), devono chiedere in Montenegro, il giorno in cui la presente legge entra in vigore, l'inserimento nel registro delle comunità religiose esistenti (di seguito: il Registro), conservato dal Ministero, presentando una domanda di registrazione da parte della persona autorizzata a rappresentare.

Il contenuto dei registri è stabilito dal Ministero.

Articolo 25

La registrazione di una comunità religiosa in Montenegro vale per tutto il Montenegro.

La sede legale o la comunità religiosa registrata per il territorio del Montenegro devono essere in Montenegro.

Un'articolazione di una comunità religiosa il cui centro religioso fosse all'estero ma che opera in Montenegro può egualmente acquisire la capacità di una persona giuridica in Montenegro mediante l'iscrizione nel registro.

Articolo 26

Il Ministero, entro 30 giorni dalla data di ricezione della domanda debitamente depositata e con la documentazione di cui agli articoli 21, 23 e 24 della presente legge, stabilisce se sono soddisfatte le condizioni previste dalla presente legge per la registrazione della comunità religiosa nel registro.

Se la comunità religiosa soddisfa le condizioni di cui al paragrafo 1 del presente articolo, il Ministero decreta l'iscrizione nel Registro.

Articolo 27

La comunità religiosa deve presentare al Ministero una notifica di qualsiasi modifica delle informazioni di cui all'articolo 21 della presente legge, entro

30 giorni dal verificarsi della modifica.

La registrazione delle modifiche viene effettuata in conformità con le disposizioni di questa legge sulla registrazione delle comunità religiose.

Oltre alle comunità religiose, anche le loro unità organizzative possono essere iscritte nel registro, su richiesta della comunità religiosa, alle condizioni e nei modi prescritti da questa legge per la registrazione delle comunità religiose.

Articolo 28

Questa legge non impedisce o limita l'istituzione o il funzionamento di organizzazioni della società civile e altre forme d'organizzazione della società civile con o senza personalità giuridica stabilita per l'esercizio della libertà di pensiero, coscienza, religione o credo, né impedisce l'attività di persone religiose non registrate.

Le comunità religiose non registrate non hanno lo status legale di comunità religiose che sono registrate in conformità con questa Legge e non possono acquisire ed esercitare diritti che appartengono esclusivamente alle comunità religiose registrate secondo le leggi del Montenegro.

Articolo 29

Le modalità di stabilimento, status, organi, finanziamenti e altre questioni importanti per il lavoro e le attività delle organizzazioni non religiose ai sensi della presente legge, stabilite per l'esercizio della libertà di pensiero, coscienza o credo, devono essere esercitate in conformità con la legge che regola lo status giuridico delle organizzazioni non governative.

Articolo 30

Alla comunità religiosa può essere negata la registrazione nel Registro o nei registri o può essere vietato svolgere attività se:

1) incita alla discriminazione razziale, nazionale, religiosa o di altro genere, o incita all'odio, all'intolleranza, alla lotta o alla persecuzione razziale, nazionale, religiosa o di altro genere, o mette in pericolo o viola la dignità umana;

2) lo scopo, la condotta e le modalità della sua attività religiosa sono basati sulla violenza o usano la violenza per minacciare la vita, la salute o altri diritti e libertà dei propri fedeli o di altre comunità religiose, nonché di altre persone.

Le disposizioni del presente articolo si applicano anche alle comunità religiose non registrate, se ricorrono le fattispecie di cui al comma 1 del presente articolo.

Articolo 31

Il Ministero decide in merito al rifiuto di iscrivere una comunità religiosa nel registro mediante un decreto.

Un ricorso può essere presentato contro il decreto di cui al comma 1 del presente articolo dinanzi al tribunale amministrativo del Montenegro.

Articolo 32

La procedura per vietare le attività di una comunità religiosa per i motivi di cui all'articolo 1 della presente legge è avviata dalla Procura della Repubblica con una proposta per vietare le attività della comunità religiosa dinanzi ad un tribunale competente, se lo scopo legittimo dell'interesse della sicurezza pubblica, della protezione dell'ordine pubblico, della salute o del morale, o della protezione dei diritti e delle libertà altrui, non può essere raggiunto con misure più moderate.

Prima di adottare una decisione che vieta le attività d'una comunità religiosa, il tribunale può concedere alla suddetta un tempo ragionevole per uniformare le sue attività con l'ordine pubblico e la morale.

Se entro un determinato periodo di tempo stabilito dal tribunale, la comunità religiosa ne soddisfa le richieste per uniformare le proprie attività con l'ordine pubblico e la morale, il tribunale competente può sospendere i procedimenti che vietano le attività della comunità religiosa.

Articolo 33

Il Ministero cancella la comunità religiosa dal registro se:

1) la stessa comunità religiosa decide di cessare le sue attività:

2) alla comunità religiosa è vietato agire in conformità con le disposizioni di questa legge sulla base di una decisione giudiziaria definitiva.

La comunità religiosa sarà cancellata dal registro con decisione del Ministero.

Un ricorso può essere proposto contro la decisione di cui al comma 2 del presente articolo dinanzi al tribunale amministrativo del Montenegro.

Articolo 34

Le proprietà della comunità religiosa cancellata dal registro, dopo il regolamento dei debiti, sarà devoluta secondo le modalità stabilite dagli statuti e regolamenti della comunità religiosa.

Se statuti e regolamenti della comunità religiosa non specificano le modalità di trattamento, le proprietà della comunità religiosa diventano proprietà dello Stato.

Titolo III
Diritti e doveri delle comunità religiose e delle credenze

Articolo 35
Una comunità religiosa trae fondi per lo svolgimento delle sue attività dai proventi di proprietà e servizi religiosi propri, dotazioni, lasciti, fondi, donazioni e altri contributi di persone fisiche e giuridiche, fondi di organizzazioni religiose internazionali di cui faccia parte, fondi dal bilancio statale e dal bilancio delle unità di autogoverno locali, così come altre attività e attività su base non profit, in conformità con la legge.

Dal bilancio statale e dal bilancio dell'autogoverno locale, alla comunità religiosa possono essere concessi fondi per attività che tutelano le tradizioni spirituali, culturali e nazionali del Montenegro, nonché per sostenere attività sociali, sanitarie, di beneficenza e umanitarie di particolare importanza.

La comunità religiosa deve tenere un registro delle entrate di cui al comma 1 del presente articolo, in conformità con la legge e con le norme autonome della comunità religiosa.

Articolo 36
Il controllo della legalità dell'acquisizione di fondi della comunità religiosa e il controllo della liceità della spesa destinata ai fondi della comunità religiosa dal bilancio statale e dal bilancio dell'autogoverno locale sono esercitati dalle autorità competenti, conformemente alla legge.

Articolo 37
Le proprietà della comunità religiosa vengono utilizzate per eseguire cerimonie religiose, costruire e mantenere edifici religiosi, nonché per altri scopi sociali, sanitari, culturali, di beneficenza, educativi, in conformità con la legge e le norme autonome della comunità religiosa.

La comunità religiosa è responsabile dei suoi obblighi con tutte le sue proprietà, in conformità con la legge, ad eccezione delle proprietà necessarie per lo svolgimento di cerimonie religiose.

Articolo 38
I beni immobili e mobili di proprietà di una comunità religiosa devono essere registrati a nome della comunità religiosa o a nome di un'unità organizzativa di una comunità religiosa il cui centro religioso è all'estero e che ha lo status di persona giuridica con sede in Montenegro.

A nome delle comunità religiose e delle unità organizzative di cui al comma 1 del presente articolo, deve essere annoverato anche il diritto di utilizzare

beni mobili e immobili nella proprietà statale affidata in uso dallo Stato alla comunità religiosa.

Articolo 39

La comunità religiosa può raccogliere contributi volontari sulla base dei suoi regolamenti autonomi, in conformità con la legge.

Articolo 40

La comunità religiosa è tenuta a pagare tasse, contributi e altri benefici, in conformità con la legge.

La comunità religiosa può essere totalmente o parzialmente esente da imposte e altri obblighi, in conformità con la legge.

Le persone fisiche e giuridiche che contribuiscono alla comunità religiosa possono essere esenti da determinati obblighi fiscali, conformemente alla legge.

Articolo 41

Un ministro di culto/funzionari religiosi ha diritto all'assicurazione per invalidità sanitaria e pensionistica, a norma di legge.

La comunità religiosa può istituire istituti di assicurazione sociale e/o sanitaria e pensionistica e per invalidità per i ministri di culto/funzionari religiosi, in conformità con la legge.

Le comunità religiose sono tenute a comunicare i ministri di culto/funzionari religiosi che esercitano i diritti dei commi 1 e 2 del presente articolo, in conformità al regolamento che regola il pagamento dei contributi.

La comunità religiosa di cui al comma 3 del presente articolo può anche ricevere fondi nel bilancio statale per l'assicurazione sanitaria, pensionistica e d'invalidità dei ministri di culto/funzionari religiosi, in conformità con la legge.

Se nel bilancio dello Stato sono previsti fondi per lo scopo di cui al comma 4 del presente articolo, il Governo determina l'ammontare dei fondi, per cui il principio dell'azione affermativa può essere applicato alle comunità religiose con un numero limitato di credenti.

Articolo 42

La comunità religiosa ha il diritto di costruire edifici religiosi e di ricostruire e fare la manutenzione di quelli esistenti, in conformità con la legge.

La costruzione, l'adattamento e la ricostruzione di edifici religiosi devono essere eseguiti sulla base di autorizzazioni e approvazioni prescritte dalla legge e dai regolamenti che disciplinano l'area di costruzione delle strutture e la

protezione dei beni culturali, e con supervisione professionale in conformità con la legge.

L'organo competente dell'amministrazione statale, cioè l'autogoverno locale, nel redigere i piani urbanistici deve considerare ed esprimere i bisogni delle comunità religiose per la costruzione dei loro edifici di culto.

Gli enti amministrativi statali incaricati della pianificazione territoriale e della costruzione di strutture non prenderanno in considerazione le richieste di costruzione di strutture religiose che non hanno il consenso delle autorità competenti della comunità religiosa in Montenegro, in conformità con la legge e i regolamenti autonomi della comunità religiosa.

Articolo 43

La comunità religiosa ha accesso alle trasmissioni di servizio pubblico e ad altri media, nonché il diritto di svolgere autonomamente le proprie attività di informazione e pubblicazione senza fini di lucro, conformemente alla legge.

Articolo 44

La comunità religiosa, nell'ambito delle sue attività sociali, culturali, di beneficenza e umanitarie, può creare organizzazioni ed enti specifici in conformità con la legge.

Articolo 45

Le cerimonie religiose si svolgono negli edifici di culto.

Le cerimonie religiose possono anche essere svolte al di fuori degli edifici di culto, in luoghi accessibili ai cittadini, senza autorizzazione, previa notifica all'ente amministrativo statale responsabile degli affari interni, in conformità con la legge che regola il diritto di assemblea pubblica.

Le cerimonie religiose eseguite su richiesta dei cittadini (Santo Patrono della casa, matrimonio, battesimo, crisma, circoncisione, confessione, consacrazione, funerale, etc.) Non richiedono la notifica di cui al paragrafo 2 del presente articolo, a meno che tali rituali non siano celebrati in un luogo pubblico e rappresentino un rischio per la sicurezza delle persone e delle cose.

Articolo 46

Un ministro di culto/funzionario religioso che compie un rito religioso può ricevere un compenso, ovvero una ricompensa per i riti religiosi, dalla persona su cui viene eseguito il rito, sulla base di regolamenti autonomi della comunità religiosa.

La comunità religiosa deve tenere un registro delle entrate di cui al comma 1 del presente articolo, in conformità con la legge e le norme autonome della

comunità religiosa.

Le registrazioni di cui al comma 2 del presente articolo non includono informazioni sull'identità della persona che ha richiesto un rito religioso

Articolo 47

La cura spirituale religiosa dei credenti in servizio nell'esercito del Montenegro e nella polizia deve essere esercitata in conformità con un regolamento dell'ente amministrativo statale competente che regola nel dettaglio le regole del servizio.

Articolo 48

Una persona in custodia o che sta scontando una pena detentiva, così come una persona in un centro di detenzione minorile o in un'istituzione per il collocamento di bambini con disturbi comportamentali, ha diritto a cure spirituali religiose individuali e collettive, in conformità con l'atto dell'autorità amministrativa statale responsabile di quel settore dell'amministrazione della giustizia.

Articolo 49

Una persona ospitata in un istituto di assistenza sanitaria o sociale ha diritto a cure spirituali religiose individuali e collettive, in conformità con i regolamenti interni di tale istituzione.

Articolo 50

La comunità religiosa è obbligata a trattare i dati personali sui credenti in conformità con la legge che disciplina la protezione dei dati personali.

Titolo IV, insegnamento religioso e scuole confessionali

Articolo 51

L'istruzione religiosa può essere impartita nelle strutture religiose o altre strutture adatte a questo scopo.

La partecipazione dei minori all'istruzione religiosa richiede il consenso dei genitori o dei tutori, nonché il consenso del minore se ha almeno 12 anni.

L'istruzione religiosa agli studenti può essere impartita solo in un momento in cui gli studenti non hanno lezione.

Articolo 52

I genitori hanno il diritto di insegnare ai propri figli l'istruzione religiosa secondo la loro religione o credo, rispettando l'integrità fisica e psicologica del bambino.

Articolo 53

Le scuole e gli istituti di istruzione superiore sono tenuti a rispettare i diritti degli studenti durante le festività religiose, in conformità con la legge.

Articolo 54

La comunità religiosa può istituire scuole religiose a tutti i livelli di istruzione, ad eccezione della scuola elementare obbligatoria per legge, nonché dei collegi per le persone che frequentano le scuole religiose.

La comunità religiosa determina autonomamente il programma educativo della scuola religiosa, i contenuti dei libri di testo e manuali, e stabilisce le condizioni per il personale docente.

I programmi educativi, nonché i contenuti di libri di testo e manuali nelle scuole religiose, non devono violare la Costituzione e la legge.

Articolo 55

L'armonizzazione dei programmi educativi e dei contenuti dei libri di testo e dei manuali delle scuole religiose con la Costituzione e la legge è effettuata dall'ente amministrativo statale competente per l'educazione.

La persona responsabile di una scuola religiosa è tenuta a mettere a disposizione tutte le informazioni necessarie per la supervisione dell'autorità di cui al comma 1 del presente articolo, ed a correggere le irregolarità riscontrate entro il termine specificato da tale autorità.

Articolo 56

Una scuola religiosa istituita ai sensi di questa legge può svolgere programmi educativi validi pubblicamente se è autorizzata in conformità con le normative in materia di istruzione.

Una scuola religiosa autorizzata o accreditata come istituto di istruzione è ammissibile al finanziamento dal bilancio statale, in proporzione al numero di studenti, in conformità con la legge.

Articolo 57

L'insegnamento in una scuola religiosa può essere svolto da una persona autorizzata a lavorare in conformità con la legge, nonché mediante l'accreditamento o l'approvazione della comunità religiosa che istituisce la scuola religiosa.

Titolo V. Sanzioni

Articolo 58

Un'ammenda compresa tra 2.000 e 20.000 euro è inflitta a una persona

giuridica per un reato:

1) che obbliga in qualche modo o impedisce a un'altra persona di diventare o rimanere un membro della comunità religiosa, o di partecipare o non partecipare all'esercizio della religione o delle convinzioni personali (articolo 13, comma 1);

2) che impedisce a un'altra persona di esercitare i proprî diritti ai sensi della legge a causa della loro appartenenza o non appartenenza alla comunità religiosa (articolo 13, comma 2);

3) istituire una scuola religiosa per l'istruzione primaria (articolo 54, comma 1).

Per il reato di cui al comma 1 del presente articolo, una persona fisica e una persona responsabile in una persona giuridica sono multate per un importo compreso tra 200 e 2.000 euro.

Per un reato di cui al comma 1, punti 1 e 2 del presente articolo, l'imprenditore è multato per un importo compreso tra 300 e 6.000 euro.

Articolo 59

Un'ammenda compresa tra 200 e 2.000 euro è inflitta a una persona fisica per l'infrazione;

1) un genitore o tutore che impartisce istruzioni religiose contrarie alla decisione del minore (articolo 51, comma 2);

2) un ministro di culto/funzionario religioso che svolge l'istruzione religiosa in violazione dell'articolo 51 commi 1 e 3 di questa legge.

Titolo VI. Disposizioni transitorie e finali

Articolo 60

Il regolamento per l'attuazione della presente legge è adottato entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge.

Articolo 61

La comunità religiosa che è stata registrata ai sensi della legge serba sullo status giuridico delle comunità religiose (Gazzetta ufficiale della Repubblica Serba, n. 9/77) può presentare una domanda di iscrizione nel registro in conformità con la presente legge, entro nove mesi dalla data della sua entrata in vigore.

Una comunità religiosa che non rispetta il comma 1 del presente articolo non deve essere considerata una comunità religiosa registrata ai sensi della presente legge.

Articolo 62

Oggetti ed edifici religiosi utilizzati dalle comunità religiose nel territorio del Montenegro che sono stati costruiti o ottenuti dalle entrate pubbliche dello Stato o erano di proprietà statale fino al 1 ° dicembre 1918, e per i quali non vi sono prove dei diritti di proprietà delle comunità religiose, sono proprietà dello Stato come proprietà patrimonio culturale del Montenegro

Gli edifici religiosi costruiti sul territorio del Montenegro attraverso associazioni di cittadini fino al 1 ° dicembre 1918, per i quali non esistono prove di proprietà, in quanto patrimonio culturale del Montenegro, sono proprietà statali.

In presenza di prove dei fatti di cui ai commi 1 e 2 del presente articolo, i mezzi di prova e le procedure probatorie sono applicati conformemente alla legge sulla procedura amministrativa e, sussidiariamente, alla legge sulla procedura civile.

Articolo 63

L'organismo amministrativo competente per gli affari immobiliari, entro un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, identifica gli oggetti e gli edifici religiosi che sono proprietà dello Stato ai sensi dell'articolo 62 della presente legge, esegue il loro inventario e presenta una richiesta di registrazione al catasto immobiliare dei diritti di proprietà dello Stato su queste proprietà.

L'organismo amministrativo competente per le questioni catastali è tenuto a registrare la richiesta di cui al comma 1 del presente articolo entro 15 giorni dal giorno di presentazione della richiesta.

Articolo 64

Nelle more della decisione di registrazione dei diritti di proprietà dello Stato nel catasto immobiliare, ai sensi dell'articolo 62 commi 1 e 2 della presente legge, la comunità religiosa può continuare a utilizzare gli oggetti e gli edifici soggetti a registrazione fino alla decisione dell'ente statale competente di decidere sullo stato, l'uso e la dismissione di tali oggetti ed edifici.

Articolo 65

Il giorno in cui questa legge entrerà in vigore, la Legge serba sullo status giuridico delle comunità religiose ("Gazzetta ufficiale della SRCG", n. 9/77) non sarà più applicabile.

Articolo 66

La presente legge entra in vigore l'ottavo giorno successivo alla pubblicazione nella Gazzetta ufficiale del Montenegro.

N. 23-3/19-7/117, EPA 884/XXVI
Podgorica, 27 dicembre 2019

Chiesa cattolica

BRASILE
Supremo Tribunal Federal, medida cautelar na reclamação n. 38782, del 9 gennajo 2020

stf.jus.br

Il Presidente del Supremo Tribunal Federal brasiliano interviene (ex art. 13, comma VIII, del RISTF) sul ricorso per incostituzionalità dell'Agravo de instrumento cível n. 0083896-72.2019.8.19.0000, della Sexta Câmara Cível del Tribunal Judiciário dell'Estado do Rio de Janeiro, nell'affaire Associação Centro Dom Bosco de Fé e Cultura vs Netflix Brasil, del 7 gennajo 2020.

Si tratta della decisione della Sesta Sezione civile del Tribunale di Rio de Janeiro, che con un provvedimento di 40 pagine aveva accolto la richiesta di vietare la trasmissione, da parte di Netflix Brasil, di *"Especial de Natal Porta dos Fundos: A Primeira Tentação de Cristo"*, come pure di ogni pubblicità o trailer ad esso collegato, ritenendolo un programma gravemente offensivo verso Cristo, la Trinità e la Sacra Famiglia, e quindi lesivo della libertà religiosa passiva dei tanti brasiliani cristiani.

Il Presidente del Supremo Tribunal Federal, invece, revoca il divieto accogliendo il ricorso di Netflix, perché:

I) la libertà d'espressione è un diritto umano fondamentale, previsto dall'articolo XIX della Dichiarazione Universale dei 1948, e dall'articolo 5, commi IX e XIV della Costituzione brasiliana;

II) il Brasile è uno Stato laico (art. 19 comma I), e la libertà religiosa (art. 5, commi VI e VIII) non può dirsi violata se volontariamente ci si espone a sue possibili violazioni: dal momento che questo programma non è trasmesso in chiaro, ma è visibile esclusivamente da chi non solo fosse abbonato a Netflix, ma anche lo cercasse espressamente, non si può sostenere che chi volontariamente avesse voluto vedere quel programma possa poi dolersi per una violazione della propria libertà religiosa.

Ebraismo

FRANCIA
Cour de Cassation, chambre criminelle, 15 ottobre 2019, n. 18.85368, inedita (Francia)

https://www.courdecassation.fr/

Affermazioni critiche nei confronti di personaggi storici ebrei, che debitamente contestualizzate ed inserite nell'ampio ed articolato contesto d'una rigorosa discussione scientifica e storico-accademica possono essere anche ammissibili, se invece vengono estrapolate, decontestualizzate e sintetizzate su Twitter assumono la natura d'incitamento all'odio su base religiosa, e sono quindi penalmente perseguibili.

Cour de Cassation, chambre criminelle, 13 novembre 2019, n. 18.85263, inedita

https://www.courdecassation.fr/

La ripetuta pubblicazione su Twitter di commenti sarcastici sulla longevità dei sopravvissuti alla Shoah non può essere vista come fenotipo, per quanto di pessimo gusto, d'ironia rientrante nella libertà d'espressione ed opinione, ma costituisce invece incitamento all'odio su base religiosa, ed è quindi penalmente sanzionabile.

Islam

FRANCIA
Cour Administrative d'Appel di Lione, 23 luglio 2019, n. 17LY04351

http://lyon.cour-administrative-appel.fr/

Il principio di *laïcité*, che la Costituzione estende a 360°, vale in particolar modo per l'insegnamento pubblico, che è un elemento della *laïcité* dello Stato e della neutralità dell'insieme della Pubblica Amministrazione, impone che l'insegnamento sia impartito nel rispetto da un lato della neutralità religiosa nei programmi e da parte degli insegnanti, e, dall'altro, della libertà di coscienza degli alunni. Questo stesso principio impone che tutte le persone che all'interno della scuola partecipino ad attività assimilabili a quelle didattiche, siano insegnanti stessi, genitori, esperti esterni, sono tenute al rispetto del principio di neutralità; ciò vale anche per le madri, che non possono partecipare ad attività didattiche all'interno della scuola indossando il velo: ciò non costituisce discriminazione religiosa, perché possono indossare il velo partecipando a tutte le attività anche all'interno della scuola che non fossero attività didattiche, come riunioni dei consigli di classe, *etc*.

Cour Administrative d'Appel di Versailles, 3 dicembre 2019, n. 16VE03652, inedita sul Massimario Lebon

http://versailles.cour-administrative-appel.fr/

Il solo fatto di frequentare una moschea conosciuta per appartenere ad una corrente ritenuta radicale e fondamentalista è di per sé sufficiente per giustificare la revoca del pass per accedere alle zone di massima sicurezza degli aeroporti.

Conseil d'État, 4 dicembre 2019, n. 432584

https://www.conseil-etat.fr/

La donna musulmana che si rechi a visitare qualcuno in un carcere ha, al pari di tutti gli altri visitatori, l'obbligo di sottoporsi a controlli di sicurezza approfonditi, che comportano anche la perquisizione personale e dei capelli per controllare che non vi sia nascosto nulla, ma ha il diritto, per rispetto e tutela alla sua libertà religiosa, che tali controlli vengano fatti non solo da una donna-poliziotto, come già avviene per tutte le visitatrici, ma anche in una saletta riservata e non davanti a tutti.

GERMANIA
Landesarbeitsgericht del Baden-Württemberg, 5 dicembre 2019, n. 17/SA/3-19

https://landesarbeitsgericht-baden-wuerttemberg.justiz-bw.de/pb/,Lde/Startseite

In una chat di Whatsapp fra colleghi parigrado di reparto, l'ironia ed il sarcasmo, anche pesanti, possono senz'altro essere ammissibili; quando però le prese in giro verso una persona vertono pressoché sempre ed esclusivamente sulla sua fede musulmana, pur non arrivando mai all'insulto vero e proprio, e pur non traducendosi in nessun tipo di discriminazione concreta in ambito lavorativo, costituiscono violazioni della sua libertà religiosa, ed è perciò legittimamente licenziabile il dipendente che se ne fosse reso colpevole.

Le canzonature aventi ad oggetto la fede religiosa, infatti, se continue e reiterate possono, per così dire, 'far pesare' a chi ne fosse destinatario l'appartenenza a quella confessione, inducendolo come minimo a palesare il meno possibile, quando non a nascondere, le proprie convinzioni religiose, ma possono arrivare anche al risultato massimo di portare il destinatario ad amare di meno, quando non addirittura ad abbandonare, quella confessione religiosa che gli attira tanti strali sul luogo di lavoro.

Oberverwaltungsgericht della Renania-Palatinato, 8 ottobre 2019, n. 10/a/11109-19-OVG

https://ovg.justiz.rlp.de/de/startseite/

Un soldato della Bundeswehr, da tempo in servizio, si converte all'Islam ed inizia a rifiutarsi di stringere la mano alle donne, colleghe e superiori, e funzionarie civili; viene congedato d'autorità; fa ricorso contro il provvedimento di congedo, ritenendolo illegittimo perché motivato da discriminazione religiosa.

Il ricorso viene respinto, perché il rifiuto del militare di stringere la mano alle donne viola gli obblighi, previsti dalla legge sulle Forze Armate (Soldatengesetz, SG), di difendere il libero ordine democratico e di tenere un comportamento rispettoso ed affidabile (§§ 8 e 17 comma 2 SG), dato che quest'atteggiamento contraddice il principio costituzionale di eguaglianza fra uomini e donne (§ 3 comma 2 sottocomma 1 GG), e viola il rispetto per il libero ordine democratico della Germania (§ 8 GG); il congedo anticipato è quindi dovuto, conclude l'OVG, a queste violazioni delle normative vigenti, prescindendo completamente dalle loro motivazioni.

Verwaltungsgericht di Wiesbaden, 6 settembre 2019, n. l/L/1363-19/WI

https://verwaltungsgerichtsbarkeit.hessen.de/VG-Wiesbaden

Nell'anno scolastico 2019/20, il Land dell'Assia ha introdotto, ex § 14 della Legge scolastica del Land, in sei scuole secondarie il corso di 'Istruzione sull'Islam', in assoluta autonomia e senza consultarsi con la locale comunità islamica, che impugna il provvedimento asserendone l'incostituzionalità sulla base del § 7 comma 3 GG, secondo il quale "[…] l'insegnamento religioso è impartito in conformità dei princìpi delle comunità religiose".

Il ricorso è respinto, per difetto di legittimazione e per motivazione infondata: relativamente al primo punto, la Corte ritiene che la comunità islamica dell'Assia, non godendo dello status di confessione religiosa registrata, non abbia titolo per agire in giudizio; *in secundis*, comunque, il ricorso sarebbe infondato, dato che il provvedimento contestato del Land dell'Assia non introduce lezioni di "religione islamica", che rientrerebbero nella portata dell'art. 7 comma 3 GG, bensì lezioni di "cultura islamica".

Finanziamento delle confessioni religiose

CANADA
Cour d'Appel Fédérale, 29 novembre 2019, affaire Church of Atheism of Central Canada vs Minister of National Revenue

https://www.fca-caf.gc.ca/fca-caf_fra.html

La Church of Atheism, già registrata, ex art. 23 del Canada No-profit Corportation Act, come organizzazione no profit che "propaganda l'ateismo attraverso attività di beneficenza", chiese d'essere riconosciuta come ente di beneficenza d'una confessione religiosa, in modo da beneficiare del particolare e più favorevole regime tributario previsto dall'Income Tax Act 1985.

La richiesta viene respinta dal competente Ministero, e contro questa decisione la Church of Atheism presenta ricorso, che viene parimenti rigettato, perché se a livello personale la Canadian Charter of Rights and Freedoms (artt. 2, 15 e 27), il Constitution Act del 1982 ed il Canada Act del 1982 tutelano le convinzioni personali sull'ateismo, e la loro propaganda, tuttavia non può essere riconosciuta come confessione religiosa istituzionale un'associazione ateistica, perché manca dei requisiti per essere una religione, ossia i fedeli che hanno fede in un Dio, o Essere Supremo, i fedeli lo adorano con atti di culto di vario tipo, e la religione consiste in un sistema particolare e completo di fede e di culto (v. Syndicat Northcrest vs Amseleum 2004 SCC 47 ,[2004] 2 SCR 551, n. 39), mentre l'ateismo, non avendo queste caratteristiche, è senz'altro tutelato come convinzione religiosa personale, ma non può assumere forme istituzionali riconosciute di confessione religiosa, non potendo quindi godere delle più favorevoli condizioni fiscali per quest'ultima.

GERMANIA
Verwaltungsgericht di Berlino, 12 dicembre 2019, n. VwG/27/K/292-15

https://www.berlin.de/gerichte/verwaltungsgericht/

La ricorrente, nata nel 1953 nella DDR, era stata battezzata nella Chiesa evangelica protestante di Bitterfeld, in Sassonia-Anhalt, ma, quando era ancora molto piccola, i suoi genitori erano diventati atei, avevano fatto il Kirchenaustritt e le avevano dato un'educazione ateistica, sicché, quando iniziò

a lavorare dopo aver terminato gli studî, si dichiarò atea ai fini del pagamento della Kirchensteuer.

In seguito alla progressiva digitalizzazione dei registri parrocchiali della Chiesa evangelica protestante, è emerso che la ricorrente era in realtà stata battezzata, e non aveva mai fatto il Kirchenaustritt, ragion per cui le sono stati chiesti gli arretrati della Kirchensteuer non caduti in prescrizione.

Ella ricorre contro i decreti ingiuntivi emessi a seguito del suo rifiuto a pagare questi arretrati, affermando di non aver mai fatto parte di quella Chiesa, e che comunque il principio di legare l'appartenenza ad una Chiesa al solo fatto d'esservi stati battezzati è contrario ai principî del GG, dato che violerebbe il principio di libera scelta volontaria nella scelta della religione; ed è anche contrario al § 29 comma 1 sottocomma 1 della Costituzione di Berlino.

La Corte le dà però torto, affermando che la sua fede religiosa personale non è in discussione, e quindi non è violato il principio di libertà religiosa, dato che l'obbligo del pagamento della Kirchensteuer è legato all'appartenenza amministrativa ad una Chiesa, e non all'appartenenza fideistico-confessionale; parimenti, la sua buona fede nel non sapere d'essere ancora iscritta alla Chiesa evangelica non è in discussione, è riconosciuta anche da controparte, ed è per questo, infatti, che non è stata avviata un'azione penale contro di lei per frode o truffa.

Il Kirchenaustritt impossibile

Fabio Fede

La recente sentenza del VwG di Berlino citata in questo numero della Rivista è particolarmente interessante: una signora, nata nella DDR, era stata regolarmente battezzata nella Chiesa evangelica dai suoi genitori, che però, quand'ella aveva due anni, avevano fatto il *Kirchenaustritt*, dichiarando d'essere diventati atei, e come tali l'avevano educata ed allevata; quand'ella, terminati gli studî, aveva iniziato a lavorare, s'era quindi registrata come atea relativamente alla *Kirchensteuer,* che non aveva perciò mai pagato; interviene la *Wiedervereinigung*, con la DDR che viene accolta nella Repubblica federale, e l'*Einigungsvertrag*, fra le varie fattispecie, regolamenta anche il passaggio del *Kirchensteuer* dalla Germania dell'Est alla Germania riunificata[1]; ultimamente, ed ormai pensionata, a seguito di controlli, emerge com'ella fosse ancora formalmente iscritta alla Chiesa evangelica, e debba quindi pagare gli arretrati della tassa ecclesiastica non prescritti.

Ella eccepisce il proprio ateismo, la propria pluridecennale convinzione di non essere iscritta a nessuna Chiesa, e che in ogni caso il *Kirchenaustritt* dei suoi genitori avesse avuto effetto anche su di lei, ma il *Finanzamt* e la Chiesa evangelica, che pure riconoscono pacificamente come vere queste sue affermazioni, non deflettono dal chiedere il pagamento delle somme non versate.

Ciò pone in una prospettiva nuova la tematica del *Kirchanaustritt*, giacché esso è stato già studiato *ex parte Ecclesiae*, per valutare se implicasse la perdita delle fede oppure no, se anche chi l'avesse compiuto abbia poi la possibilità d'accedere ai Sacramenti, o comunque all'assistenza religiosa da parte dei ministri di culto della confessione ch'egli avesse amministrativamente abbandonato, etc.[2]

---

[1] In primis il § 9, e tutte le norme correlate, https://www.gesetze-im-internet.de/einigvtr/BJNR208890990.html

[2] Stefano Testa Bappenheim, *Brevi cenni introduttivi alla fattispecie del Kirchenaustritt in Germania*, in *Diritto e Religioni*, 2011, pp. 327 ss.; Richard Puza, *Karikaturen – Kirchenaustritte – kirchliche Arbeitsgerichte: die Massenmedien und das Verhältnis von Religion und Recht*, in *ThQ*, 2006, pp. 230 ss.; Monica Herghelegiu, *Kirchenzugehörigkeit und "Kirchenaustritt" : eine orthodoxe Perspektive, ivi,* 2008, pp. 112 ss.

Il fatto che, in questo caso, la fede religiosa sia esclusa *ab initio* e per pacifico riconoscimento di tutte le parti in causa, e tuttavia risulti comunque l'impossibilità d'ignorare le tasse ecclesiastiche non pagate, ci offre l'occasione per fare sinteticamente il punto dello *status quaestionis ex parte Caesari*.

La Costituzione tedesca attuale, il *Grundgesetz*, a differenza di quella francese[3], non definisce la Germania come Stato laico[4], ed il riconoscimento d'una piena libertà religiosa è abbastanza recente: all'inizio del XIX secolo questa libertà era riconosciuta ai fedeli delle tre confessioni cristiane, ex art. 16 del Patto federale del 1815 che segna la nascita della Confederazione tedesca. La Costituzione imperiale del 28 marzo 1849, però, tutelerà la libertà di coscienza, di fede religiosa e di culto, ex art. V (§145), garantendo la libera pratica religiosa pubblica e superando non solo le definizioni costituzionali adottate prima del 1848 negli Stati tedeschi del sud, ma anche il citato Patto federale, che limitava il godimento della libertà religiosa ai soli fedeli delle confessioni cristiane; purtroppo, però, questa Costituzione non entrò mai in vigore, per varie cause, la principale delle quali fu probabilmente il rifiuto di Federico Guglielmo IV d'accettare la corona imperiale.

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 pur certamente 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, vietava discriminazioni su base religiosa per il godimento dei diritti civili e politici, e sottolineava ancora, ex art. 14, 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 rapporto con la religione"; queste disposizioni conobbero, con le leggi del 1873 (il *Kulturkampf)*, alcune limitazioni, che però scomparvero dopo l'accordo fra Bismarck e Leone XIII.

Dopo la fine della Prima Guerra Mondiale, andato in esilio il *Kaiser,* le elezioni del 19 gennaio 1919 eleggono un'Assemblea costituente che si riunisce a Weimar ed approva la nuova Costituzione, promulgata il 14 agosto 1919.

---

[3] Maria d'Arienzo, *La "religione della laicità" nella Costituzione francese*, in Paolo Becchi – Vincenzo Pacillo, *Sull'invocazione a Dio nella Costituzione federale e nelle Carte fondamentali europee*, Eupress, Lugano, 2013, pp. 139 ss.; Eadem, *La laicità francese: "aperta", "positiva" o "im-positiva"?,* in statoechiese.it, 2011, https://www.statoechiese.it/images/uploads/articoli_pdf/maria_darienzo_la_laicit_francese.pdf

[4] Fabio Fede – Stefano Testa Bappenheim, *Dalla laïcité di Parigi alla nominatio Dei di Berlino, passando per Roma,* Giuffrè, Milano, 2007.

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 autonomi di varî *Länder*.

La Costituzione di Weimar fu quindi frutto d'un compromesso, che tuttavia espressamente non voleva riprodurre le esperienze americane e francesi di Stato separatista[5]: alla Costituzione federale spettava la determinazione dei principî fondamentali delle relazioni fra Stato e Chiese e la qualificazione confessionale dello Stato, mentre ai singoli *Länder* spettava l'adozione delle leggi necessarie per attuare concretamente questi principî costituzionali. La prima fattispecie è prevista ex art. 137 comma 1, che vieta la creazione di Chiese di Stato, e la seconda ex art. 137 comma 5.

Nel dopoguerra, tutte le norme naziste vennero abrogate, comprese quelle nell'ambito del diritto ecclesiastico tedesco, ad eccezione (dopo varie discussioni) del Concordato del 1933, ed il *Grundgesetz* (*GG*) torna a fare riferimento agli articoli della Costituzione di Weimar[6].

Tuttavia, il quadro costituzionale tedesco non contiene una precisa definizione di neutralità religiosa, concetto che è stato invece sviluppato della giurisprudenza costituzionale, sempre correlandosi all'art. 4 GG, relativo alla libertà religiosa. Uno Stato neutrale dal punto di vista religioso, secondo il concetto del *Bundesverfassungsgericht,* non può esprimere valutazioni statali su elementi appartenenti ad una data confessione religiosa, che quindi è l'unica a poterli valutare, né può automaticamente fare proprie valutazioni proprie delle confessioni religiose.

Dal punto di vista dell'ordinamento tedesco, uno degli elementi essenziali del *Kirchenaustritt* è la volontarietà, il che significa ch'esso non può né essere il risultato di costrizioni o pressioni d'alcun tipo, e nemmeno essere presunto.

Dopo la Seconda guerra mondiale, passando per la *Wiedervereinigung* e sino ad oggi, l'ordinamento dei *Kirchenaustritte* è rimasto di competenza dei singoli *Länder*[7], seguendo l'evoluzione degli orientamenti giurisprudenziali del *BVerfG*:

---

[5] Mario Patrono, *L'attività normativa dell'esecutivo: pubblica amministrazione negli Stati Uniti*, in *Dir. Soc.,* 1974, pp. 20 ss.; Juan Ignacio Arrieta, *Le articolazioni delle istituzioni della Chiesa e i rapporti con le istituzioni politiche*, in *IE,* 2008, pp. 13 ss.; Stefano Testa Bappenheim, *Cenni sulla costituzionalizzazione delle radici cristiane in Germania, ivi,* 2006, pp. 755 ss.

[6] José Tomás Martín de Agar, *Passato e presente dei concordati*, in *IE*, 2000, pp. 613 ss.

[7] Amburgo, *Gesetz über den Austritt aus Religionsgesellschaften des öffentlichen Rechts*, del 5 marzo 1962 e successive modifiche, in *HmbGVBl*., 1962, pp. 65 ss.; Assia, *Hessisches Gesetz zur Regelung des Austritts aus Kirchen, Religions- oder Weltanschauungsgemeinschaften des öffentlichen Rechts (KRWAG)*, del 13 ottobre 2009, in *GVBl.,* 2009, I, pp. 394 ss.; Baden-Württemberg, *Auszug aus dem Gesetz über die Erhebung von Steuern durch öffentlich-rechtliche Religionsgemeinschaften in Baden-Württemberg (Kirchensteuergesetz KiStG)*, del 15 giugno 1978, in *GABl*., 1978, pp. 229 ss.; Bassa Sassonia, *Gesetz über den Austritt aus Religionsgemeinschaften des öffentlichen Rechts in*

il primo intervento d'un certo rilievo, volto ad uniformare la normativa al nuovo GG, si ha nel 1977, quando l'intervallo di un mese di tempo previsto fra la presentazione della dichiarazione di fuoriuscita e l'inizio della sua validità, e parimenti la permanenza dell'obbligo di pagare comunque la tassa ecclesiastica fino alla fine dell'anno in cui si fosse presentato il *Kirchenaustritt,* venne giudicato incostituzionale[8], il primo perché sottoponeva l'esercizio della libertà religiosa ex art. 4 GG ad un limite e ad una sorta di sospensione temporale costituzionalmente illegittima, mentre il secondo punto perché si sarebbe avuta una violazione della libertà religiosa a danno di chi, pur avendo abbandonato una confessione religiosa, si fosse ancora trovato a finanziarla anche dopo la sua fuoriuscita.

Una seconda modifica sostanziale si è avuta negli anni '70, come reazione alle numerose controversie giudiziarie relative ai c.d. "*Kirchenaustritte* modificati", cioè quelli in cui il dichiarante affermava di voler uscire solo dalla confessione religiosa-istituzione, smettendo di pagare la tassa ecclesiastica, ma non anche dalla confessione religiosa-comunità di fede, dalla quale desiderava continuare a ricevere cura e guida spirituale e, a seconda dei casi, i Sacramenti o gli altri atti e cerimonie di culto.

Niedersachsen (Kirchenaustrittsgesetz – KiAustrG), del 4 luglio 1973, in *GVBl*., 1973, pp. 271 ss.; Baviera, *Verordnung zur Ausführung des Kirchensteuergesetzes (AVKirchStG)*, del 15 marzo 1967, in *BayRS*, 1967, IV, pp. 215 ss.; Berlino, *Gesetz über den Austritt aus Religionsgemeinschaften öffentlichen Rechts (Kirchenaustrittsgesetz)*, del 30 gennaio 1979, in *GVBl*. 1979, pp. 183 ss.; Brandeburgo, *Verordnung zur Bestimmung der zuständigen Stelle zur Entgegennahme und über die Behandlung von Austrittserklärungen aus einer Kirche, einer Religionsgemeinschaft oder Weltanschauungsvereinigung des öffentlichen Rechts (Kirchenaustrittsverordnung- KiAusV),* del 28 ottobre 2004, in *GVBl*, II/04, pp. 886 ss.; Brema, *Auszug aus dem Gesetz über die Erhebung von Steuern durch Kirchen andere Religionsgemeinschaften und Weltanschauungsgemeinschaften in der Freien Hansestadt Bremen (Kirchensteuergesetz – KiStG)*, del 23 dicembre 1974, in *Brem.GBl*., 1974, pp. 722 ss.; Mecklemburgo – Nordpomerania, *Auszug aus dem Gesetz über die Erhebung von Kirchensteuer im Land Mecklenburg-Vorpommern*, del 30 ottobre 2014, in *GVOBl*., 2014, pp. 586 ss.; Renania – Palatinato, *Landesgesetz über den Austritt aus Religionsgemeinschaften*, del 12 ottobre 1995, in *GVBl*., 1995, pp. 421 ss.; Nordreno – Westfalia, *Gesetz zur Regelung des Austritts aus Kirchen, Religionsgemeinschaften und Weltanschauungsgemeinschaften des öffentlichen Rechts (Kirchenaustrittsgesetz – KiAustrG),* del 26 maggio 1981, in GV. NW, 1981, pp. 260 ss.; Saar, *Gesetz betreffend den Austritt aus den Religionsgesellschaften öffentlichen Rechts*, del 31 marzo 2004, in Amtsbl. 2004, pp. 1037 ss.; Sassonia, *Auszug aus dem Gesetz über die Erhebung von Steuern durch Kirchen, Religionsgemeinschaften und gleichgestellte Vereinigungen im Freistaat Sachsen (Sächsisches Kirchensteuergesetz – SächsKiStG),* in *SächsGVBl*., 2002, pp. 82 ss.; Sassonia-Anhalt, *Kirchenaustrittsgesetz*, del 15 aprile 1998, in *GVBl. LSA*, 1998, pp. 178 ss.; Schleswig-Holstein, *Gesetz über den Austritt aus Religionsgemeinschaften des öffentlichenRechts in Schleswig-Holstein (Kirchenaustrittsgesetz – KiAustrG*), dell'8 dicembre 1977, in *GVOBl*. 1977, pp. 491 ss.; Turingia, *Thüringer Verordnung zur Regelung des Verfahrens beim Austritt aus einer öffentlich-rechtlichen Religionsgesellschaft oder Weltanschauungsgemeinschaft (ThürReWeAusDVO)*, del 5 febbraio 2009, in *GVBl*. 2009, pp. 58 ss.

[8] BVerfG, sentenza dell'8 febbrajo 1977, v. Paul Kirchhof, *Die Kirchensteuer in der Entwicklung des staatlichen Steuerrechts,* in Stephan Muckel (a cura di), *Kirche und Religion im sozialen Rechtsstaat, FS Wolfgang Rüfner zum 70. Geburtstag*, Duncker und Humblot, Berlin, 2003, pp. 443 ss.

Sull'ammissibilità di queste dichiarazioni di fuoriuscita modificate si sono pronunciate varie Corti territoriali ed il *Bundesverwaltungsgericht*[9], con orientamento ondivago, dal momento che non spettava allo Stato stabilire se il *Kirchenaustritt* presentato avesse una motivazione solo 'civile', *rectius* finanziaria, oppure anche più profondamente religiosa, né tampoco, sempre per il principio di neutralità, lo Stato avrebbe potuto stabilire quali conseguenze le confessioni religiose avrebbero dovuto trarre dalle dichiarazioni *de quibus*, relativamente alla cura spirituale ed agli eventuali atti e cerimonie di culto loro applicabili.

A dimostrazione di come, benché forse non del tutto rituale, il richiamo del *VwG* di Berlino alla storia giuridica della nazione tedesca sia fondato, anche la prima Costituzione della DDR, quella del 7 ottobre 1949, incorporava i medesimi articoli della Costituzione di Weimar, che inizialmente riconobbe alle Chiese lo status d'entità di diritto pubblico; il *Kirchenaustritt* fu regolamentato dapprima dai soli artt. 47 e 48 della Costituzione, cui si aggiunsero in seguito il Regolamento generale per le dichiarazioni di fuoriuscita dalle Chiese, del 13 luglio 1950[10], col suo decreto attuativo, del 20 marzo 1952[11].

A differenza degli articoli della WRV, che sparirono, le disposizioni sul *Kirchenaustritt* rimasero anche nella Costituzione della DDR del 1968 ed in quella del 1974, ove il legame fra Chiese e Stato era in particolare regolato ex art. 39.

Secondo il comma 1 di questo articolo, infatti, la libertà religiosa e di culto non esistevamo come diritti dell'uomo, ma solo del cittadino; nel caso in cui fosse sorto un conflitto, essa avrebbe comunque dovuto essere subordinata allo sviluppo della società socialista[12]; il diritto delle Chiese all'autogoverno ed all'autoregolamentazione non trovava il limite della legge universale valevole per tutti, come nella WRV, ma doveva, ex art. 39 comma 2, essere positivamente coordinato con tutte le disposizioni normative dello Stato.

Il loro status di persone giuridiche di diritto pubblico, previsto dalla WRV, venne modificato dal nuovo codice civile del 19 giugno 1975 in quello di "persona giuridica di diritto proprio", ma la normativa tedesco-orientale sul *Kirchenaustritt* non cambiò.

Con la riunificazione della Germania, queste disposizioni orientali rima-

---

[9] BVerwG, sentenza del 23 febbrajo 1979.

[10] In DDR GBl., 1950, pp. 660 ss.

[11] Ivi, 1952, pp. 324 ss.

[12] Cfr., per l'impostazione teorica generale dei Paesi comunisti verso le confessioni religiose, Pierluigi Consorti, *La tutela del sentimento religioso nell' ordinamento costituzionale della Federazione delle Repubbliche Socialiste Jugoslave*, in *DE,* 1987, pp. 265 ss; Giovanni Codevilla, *La libertà religiosa nell'Unione Sovietica*, La Casa di Matriona, Milano, 1985, pp. 139 ss.

sero in vigore come diritto interno dei 5 ex Länder dell'Est, ex art. 9 comma 1 del Trattato di unificazione, del 31 agosto 1990[13], ed al contempo le disposizioni del GG estesero la propria efficacia, come diritto federale, anche all'ex Germania orientale, sicché, ex art. 137 comma 3 WRV, incorporato nel GG ex art. 140, l'adesione, la permanenza e parimenti la fuoriuscita da una confessione religiosa richiedono ora in tutto il territorio tedesco un'espressa manifestazione di volontà, resa però da chi avesse la capacità giuridica, quindi non da bambini, come nel caso della sentenza presa in esame.

Le Chiese stabiliscono in maniera assolutamente autonoma i criterî per valutare se qualcuno sia loro fedele oppure no, dal punto di vista dei principi dogmatico-fideistici in cui sia necessario credere, o dei riti che sia necessario compiere od aver compiuto per essere componenti-credenti di una data confessione religiosa; lo Stato è, invece, titolato a valutare l'appartenenza dei componenti-associati, e se le due cose sono indissolubilmente legate nel sorgere, giacché si diventa componenti-associati di una confessione religiosa (ambito statale) se si è diventati al contempo componenti-credenti, cioè sono stati compiuti i riti d'ammissione previsti dalla confessione religiosa interessata, va rilevato come le due cose siano assolutamente slegate ed indipendenti nel terminare, giacché si può conservare la fede in senso strettamente dogmatico-spirituale, e tuttavia decidere di fuoriuscire dalla Chiesa-corporazione per ragioni economiche, o di dissenso verso alcuni punti della sua predicazione, dottrina o attività politica, e parimenti si può perdere, o non aver mai avuto, la fede, e continuare ad essere, o trovarsi improvvisamente a propria insaputa, per così dire, legati alla confessione religiosa.

Essendo la Germania uno Stato neutrale, la condizione di componente-fedele d'un suo cittadino è irrilevante, ma non lo è quella di componente-associato, per le conseguenze giuridiche che ne derivano in vari ambiti: l'interesse statale sull'appartenenza confessionale dei suoi cittadini ha un espresso riconoscimento costituzionale nell'art. 140 GG in combinato disposto con l'art. 136, comma 3 sotto comma 2 della WRV: si parla, naturalmente, della condizione di componente-associato, dato che non è invece consentito alla Pubblica Amministrazione di svolgere indagini sulle effettive convinzioni religiose di qualcuno[14].

Da questa condizione derivano conseguenze giuridicamente rilevanti anche in campo civile sotto molteplici punti di vista: quello della tassa ecclesia-

---

[13] In BGBl 1990, II, pp. 889 ss.

[14] Eduardo Rozo Acuña, *La expansión del estado de derecho y del code Napoleon*, in *St.Urb.*, 2005, pp. 185 ss.; Guido Guidi, *Carenza di fattori identitari nazionali,* in *Perc. Cost.*, 2011, pp. 385 ss.; Fabio Fede – Stefano Testa Bappenheim, *Cittadinanza e fattore religioso. I casi di Francia e Germania*, in *DPCE,* 2011, pp. 77 ss.

stica da pagare, ossia il *petitum* della recente sentenza di Berlino, è certamente il più rilevante, ma non è assolutamente l'unico: si pensi al caso di nomina dei tutori (§§1779 e 1801 BGB), ai doveri del datore di lavoro (§ 618 comma 2 BGB), al diritto di voto civilmente azionabile negli organi elettivi interni della confessione religiosa, alla possibilità per gli insegnanti di religione d'insegnare anche in scuole statali, al dovere di prendere parte all'ora di religione a scuola, all'assunzione dell'incarico di professore di teologia in una facoltà teologica statale, o il diventare cappellano militare o di un ospedale, e ancora, se incardinato in un'istituzione religiosa col voto di povertà, la possibilità di trovarsi impegnato da un contratto di lavoro firmato dal proprio superiore locale o generale.

Vediamo ora, dunque, l'orientamento della giurisprudenza costituzionale cui fa riferimento la sentenza.

In primis, l'assoluta certezza della volontarietà, e quindi l'impossibilità di dedurre, presupporre o desumere la volontà di non far parte (più) di una Chiesa come componente associato, è chiaramente stata affermata dalla sentenza 2 luglio 2008[15].

Anche quel caso verteva sulla costituzionalità d'una espressa dichiarazione di fuoriuscita dalla Chiesa, dal momento che la libertà religiosa protetta costituzionalmente ex art. 4 GG comprenderebbe anche il diritto di recedere, come pure di entrare, in qualsiasi comunità religiosa in qualsiasi momento, e l'esercizio di questo diritto non dovrebbe essere condizionato da formalità burocratiche come la dichiarazione di *Kirchenaustritt*; essa sarebbe, poi, incostituzionale per violazione del principio d'eguaglianza, dal momento che è prevista solo per le confessioni religiose riconosciute come entità di diritto pubblico, mentre non è prevista per le altre confessioni religiose.

Il *Bundesverfassungsgericht* ha respinto queste tesi: la legittimità costituzionale d'una qualche formalità o procedura amministrativa per regolare l'ingresso e l'uscita da una confessione religiosa è già stata fissata dalla sentenza costituzionale federale 8 febbraio 1977, e, in generale, l'art. 4 comma 1 GG garantisce la libertà religiosa nel senso di riconoscere che il foro interno è assolutamente libero da ogni forma di coercizione da parte dello Stato sul credere, ed in cosa credere, o sul non credere, ma l'assoluta e totale libertà riferita alla loro formazione non implica anche un'assoluta e totale libertà sulla loro organizzazione; dal momento, poi, che le stesse confessioni religiose sono d'accordo sul mantenimento e sul funzionamento del *Kirchenstauer* e del *Kirchansutritt*, non è sostenibile che una procedura avallata ed approvata

[15] BVerfG, sentenza 1/BvR/3006/07, del 2 luglio 2008.

dalle strutture istituzionali d'una confessione religiosa costituisca violazione della libertà religiosa dei fedeli di quella medesima confessione.

L'obbligo d'una dichiarazione di fuoriuscita, poi, era già stato valutato costituzionalmente legittimo dai Giudici di Karlsruhe nella sentenza 31 marzo 1971, nella quale avevano stabilito che la tutela dei diritti costituzionali presuppone la certezza di quali diritti sia titolare la persona che ne chiedesse la tutela, e che perciò le formalità e le procedure strumentali all'accertamento dei diritti *de quibus* siano coessenziali ai diritti stessi, perché fungono da base per la posizione giuridica degli interessati.

Il diritto di libertà religiosa, poi, si applica anche alle confessioni religiose registrate come entità di diritto pubblico, ed esso si sostanzia, nel loro caso, non solo nel poter professare o predicare o fare proselitismo per la propria dottrina di fede o di visione del mondo, ma anche, e primariamente, nel loro diritto di esistere, ciò che implica anche il loro diritto a sapere di quali risorse finanziarie possano disporre per lo svolgimento delle proprie attività spirituali e di culto, nonché religiose *lato sensu*; la formalità del *Kirchenaustritt,* dunque, è costituzionalmente non solo legittima, ma necessaria, in quanto integra il diritto alle confessioni religiose all'autogestione, all'autodeterminazione e, più in generale, all'esistenza come entità di diritto pubblico finanziariamente autonome, ciò che è a sua volta un elemento essenziale nella garanzia, parimenti costituzionale, d'indipendenza ed autonomia delle Chiese dallo Stato.

Ex art. 140 GG, poi, la dichiarazione di fuoriuscita dalla Chiesa serve ad uno scopo costituzionale, e difatti l'art. 140 GG garantisce alle confessioni religiose riconosciute come entità di diritto pubblico il diritto di riscuotere la tassa ecclesiastica, e pone a carico dello Stato l'obbligo di assicurarne concretamente la riscossione, dal momento che, riconoscendo il GG l'autonomia e l'indipendenza delle confessioni religiose, lo Stato si è assunto anche l'obbligo di garantire quest'autonomia ed indipendenza, sia sul piano dogmatico-spirituale, sia su quello pratico-finanziario.

La procedura di *Kirchenaustritt* è anche una garanzia dell'esercizio di libertà religiosa ex art. 4 GG per la persona che volesse lasciare la propria confessione religiosa d'appartenenza: il fatto di dover comunicare questa decisione ad un ministro di culto o comunque ad un ufficio od organo della confessione stessa implica la possibilità che sulla persona dichiarante vengano esercitate pressioni psicologiche, anche oltre i limiti dell'ammissibile, ad ex. prospettando punizioni divine[16], per ottenere un suo ripensamento, mentre la dichiarazione resa formalmente ad un soggetto terzo, qual è il competente

[16] V. Maria Gabriella Belgiorno de Stefano, *La parrocchia prima e dopo il Concilio Vaticano II*, in AA.VV., *Studî in onore di P.A. D'Avack*, I, Giuffrè, Milano, 1976, pp. 206 ss.

organo statale, frappone subito un filtro di protezione e di neutralità alla decisione *de qua*, ed è quindi funzionale all'esercizio del diritto di libertà religiosa ex art. 4 GG.

L'ipotesi di attribuire validità alla decisione di fuoriuscita da una confessione religiosa riconosciuta senza un atto volontario formale qual è la dichiarazione di *Kirchenaustritt* è incompatibile con l'art. 4 comma 1 GG[17].

Quest'orientamento è stato ribadito con la sentenza 17 dicembre 2014[18], l'ultima (in ordine di tempo) ad aver affrontato la questione: il diritto all'autodeterminazione garantito alle confessioni religiose ex art. 137, comma 3, prima frase, WRV, in combinato disposto con l'art. 140 GG, obbliga lo Stato a riconoscere l'appartenenza religiosa ad una determinata confessione sulla base dei requisiti previsti da quella data confessione, sicché se il Battesimo è un requisito sufficiente, ed una persona è stata battezzata nella Chiesa evangelica, allora lo Stato è obbligato a considerarla come facente parte della Chiesa evangelica, prescindendo completamente dalla sua effettiva fede interiore, fino al momento in cui la persona *de qua* non esprimesse formalmente la propria volontà di fuoriuscita, con un *Kirchenaustritt* scritto.

La Germania, infatti, essendo tenuta al principio della neutralità statale in materia religiosa, non può determinare autonomamente quali siano i requisiti per far parte o meno d'una data comunità religiosa, e quindi decidere che l'abbandono, con tutte le conseguenze giuridiche del caso, tassa ecclesiastica *in primis*, possa essere dedotto anche *per facta concludentia*, né tampoco, sempre per il principio della neutralità, lo Stato può valutare le effettive e reali convinzioni religiose d'una persona, stabilendo se essa sia ancora da annoverare fra i fedeli della sua comunità religiosa d'origine, o d'un'altra, o fra gli atei.

Proprio per il principio di neutralità, infine, lo Stato, nella sua articolazione specifica del *Finanzamt,* non può valutare se le convinzioni religiose d'una persona corrispondano alle dottrine professate dalla confessione religiosa cui quella sia stata formalmente registrata, sicché un'eventuale difformità, parziale od anche totale, sarebbe assolutamente irrilevante per quanto riguardasse le conseguenze giuridiche in ambito statale, e la tassa ecclesiastica dovrà lo stesso essere pagata, inesorabilmente.

---

[17] BVerfGe 30, pp. 415 ss.; BVerfGE 19, pp. 206 ss.; BFH, sentenza 24 marzo 1999, n. 1/R/124/97

[18] BVerfG, sentenza del 17 dicembre 2014, n. 2/BvR/278/11.

Presentazione

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. III, sentenza 30 agosto 2019, n. 36689, secondo cui integra il reato di cui all'art. 44, comma 1, lett. b), d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, il mutamento della destinazione d'uso di locali originariamente destinati a magazzino in luogo di culto. Il mutamento di destinazione rilevante ai fini della creazione di luoghi di culto è quello che altera, sia pure senza opere, la funzione originaria dell'immobile, al fine di adibirlo, in via permanente, ad una funzione diversa. In tal caso l'immobile perde la destinazione originariamente assentita per assumere la funzione diversa che gli viene assegnata. Il caso di specie riguardava l'utilizzo di un ex magazzino come moschea, ubicato nella Regione Lombardia. Nello specifico, in occasione di un accertamento presso un immobile adibito a magazzino (categoria C2), venivano rinvenute 400 persone intente nella preghiera, nonché accertata la presenza di bagni con rubinetti per le abluzioni, un cartello affisso con orario del culto, il pavimento ricoperto di tappeti ed uno spazio "riservato alle donne", separato da un vetro divisorio (la stessa circostanza veniva confermata anche in altre occasioni, come da fotografie agli atti del giudizio di primo grado). La Corte d'Appello di Milano confermava la sentenza di primo grado, condannando P. (nella sua qualità di committente dei lavori effettuati all'interno dei locali) alla pena di 6 mesi di arresto ed € 9.000,00 di ammenda, con il concorso di attenuanti generiche ed i doppi benefici di legge, in quanto ritenuto colpevole del reato edilizio contestatogli, per avere realizzato un mutamento di destinazione d'uso con opere edilizie per la creazione di un luogo di culto senza permesso di costruire, in locali originariamente destinati a magazzino. Avverso tale pronuncia, P. interponeva ricorso per Cassazione, dolendosi, tra l'altro, dell'impossibilità per i professanti la fede musulmana di aprire un luogo di culto, a causa delle più stringenti norme regionali intervenute per regolare i numerosi nuovi insediamenti e, pertanto, tentava di sollevare anche un'eccezione di incostituzionalità – facendo leva sul diritto di associazione e sul diritto di culto – poi disattesa dalla Suprema Corte.

La Suprema Corte ha eliminato ogni dubbio circa l'applicabilità al caso di specie del D.P.R. n. 380 del 2001, art. 44, comma 1, lett. b), dal momento che la condotta dell'imputato ha determinato un concreto mutamento della destinazione d'uso originaria dell'immobile, classificato nella visura catastale

come C2, ossia magazzino e locale di deposito (non destinato, per tipologia e natura ad accogliere, in modo continuativo e prolungato persone, bensì merci e beni).

Nello specifico, il mutamento medesimo si sarebbe sostanziato anche nell'esecuzione di opere all'interno dei locali, consistite nel dividere gli spazi per riservarne una parte alle donne, nella costruzione di nuovi servizi igienici, nella zona di abluzione dei piedi.

Tali circostanze, a detta degli Ermellini, consentivano di escludere il carattere occasionale degli incontri tra i credenti.

Sussistente, peraltro, è stato ritenuto anche un non indifferente aggravio del carico urbanistico, considerato il considerevole assembramento di persone (circa 400) e dovendosi anche tenere in conto dell'assenza di uscite di sicurezza all'interno dei locali, circostanza che determinava altresì un pericolo per la pubblica incolumità.

A detta del ricorrente, la violazione di legge sarebbe stata invece resa evidente dalla non intelligibilità del concetto di "destinazione a luogo di culto", testimoniata dalle numerose e contraddittorie sentenze emesse in sede penale ed amministrativa.

Secondo questa tesi, quindi, quand'anche si fosse ritenuta la necessità del permesso di costruire per le attività realizzate dall'Associazione in quanto integrante un mutamento della destinazione d'uso, l'omessa richiesta sarebbe costituita un errore scusabile, indotto dall'assenza di una chiara normativa in materia e da plurimi provvedimenti adottati dalla magistratura penale ed amministrativa che non avrebbero ritenuto integrato il cambio di destinazione d'uso per condotte del tutto analoghe.

Sul punto, la Suprema Corte ha ritenuto che la natura contravvenzionale del reato in questione, e dunque la punibilità anche a titolo di colpa, dovessero escludere che nel caso di specie l'agente fosse incorso in un errore incolpevole.

Infine, il ricorrente si doleva dell'erronea applicazione dell'art. 131-bis c.p. da parte della Corte d'Appello, il quale impone di valutare la sussistenza della tenuità guardando alle modalità della condotta e alla esiguità del danno.

Anche tale ultimo motivo viene ritenuto dalla Corte inammissibile, in quanto sul punto, la Corte ha ulteriormente precisato che, ai fini della configurabilità della causa di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto, prevista dall'art. 131 bis c.p., il giudizio sulla tenuità richiede infatti una valutazione complessa e congiunta di tutte le peculiarità della fattispecie concreta, che tenga conto, ai sensi dell'art. 133 c.p., comma 1, delle modalità della condotta, del grado di colpevolezza da esse desumibile e dell'entità del danno o del pericolo (Sez. U, n. 13681 del 25/02/2016 – dep. 06/04/2016, Tushaj, Rv. 266590), elementi certamente non riconducibili all'ipotesi scrutinata.

La difesa del ricorrente ha ribadito anche in sede di legittimità la richiesta – già avanzata in sede di appello e disattesa dalla Corte – di sollevare questione di legittimità costituzionale del D.P.R. n. 380 del 2001, art. 44, comma 1, lett. b), in relazione al combinato disposto del D.P.R. n. 380 del 2001, art. 10, comma 2, e L.R. Lombardia n. 12 del 2005, art. 52, comma 3bis, per contrasto con l'art. 19 Cost., art. 25 Cost., comma 2 e art. 117 Cost. in riferimento all'art. 9 Cedu.

Si sosteneva, infatti, che il giudice di secondo grado avesse errato nel negare il contrasto con le norme costituzionali, affermando che nessuna limitazione alla libertà di culto sarebbe derivata dall'applicazione della normativa in esame, la quale si limita a richiedere il permesso di costruire nel caso in cui chiunque intenda destinare a luogo di culto un immobile, in ragione della necessità di valutare il carico urbanistico e, dunque, l'impatto sul territorio e la pianificazione urbanistica quale interesse pubblico di evidente importanza. Una tale interpretazione, a detta del ricorrente, non avrebbe tenuto conto dell'evoluzione normativa che avrebbe de facto reso impossibile per i professanti la fede musulmana aprire un luogo di culto.

La L.R. n. 2 del 2005, infatti, per la costruzione di luoghi di culto avrebbe previsto, sempre secondo il ricorrente, requisiti impossibili da realizzare, tanto da incontrare la censura della Corte Costituzionale, la quale aveva riscontrato come, avendone tale legge subordinato la costruzione, per le confessioni prive di una intesa con lo Stato, al previo avallo della Giunta regionale che, tuttavia, ad oltre un anno di distanza, non era stata ancora istituita, avrebbe reso di fatto impossibile per un professante di religione musulmana (religione senza intesa) edificare un proprio luogo di culto.

A conferma della contrarietà di una tale normativa rispetto alla disciplina convenzionale, il ricorrente ha fatto riferimento alla sentenza dei giudici di Strasburgo (Association de solidaritè avec les temoins de jehovah e altri c. Turchia), al TAR Lombardia, con la sentenza n. 1939 del 2018 (che ha inoltre sollevato una nuova questione di legittimità costituzionale con riferimento alla L.R. n. 2 del 2005 rilevandone proprio il contrasto con la libertà di culto).

Al fine di fornire una soluzione alla richiesta di rimessione degli atti alla Consulta, la Suprema Corte si sofferma ad esaminare preliminarmente la questione giuridica relativa al tema del rapporto tra normativa urbanistica e limitazione del diritto all'esercizio del culto nella giurisprudenza nazionale e sovranazionale.

Sul bilanciamento dell'interesse al libero esercizio del proprio culto, da un lato, e gli interessi pubblici immanenti alla pianificazione urbanistica, dall'altro, la Suprema Corte ha richiamato due recenti pronunce della Corte Costituzionale: la n. 52 e la n. 63 del 2016, in base alle quali "...è il rispetto

dei principi di proporzionalità e ragionevolezza a condizionare il rilascio alla legge della patente di conformità costituzionale...".

In tali arresti viene riconosciuta alle Autorità competenti la possibilità di operare ragionevoli differenziazioni fra le confessioni religiose, in quanto "l'eguale libertà delle confessioni religiose di organizzarsi e di operare non implica che a tutte "debba assicurarsi un'eguale porzione dei contributi o degli spazi disponibili: come "è naturale allorchè si distribuiscano utilità limitate, quali le sovvenzioni pubbliche o la facoltà di consumare suolo, si dovranno valutare tutti i pertinenti interessi pubblici e si dovrà dare adeguato rilievo all'entità della presenza sul territorio dell'una o dell'altra confessione, alla rispettiva consistenza e incidenza sociale e alle esigenze di culto riscontrate nella popolazione".

La Corte costituzionale ha ammesso inoltre che, nel modulare la tutela della libertà di culto, sono senz'altro da considerare la sicurezza, l'ordine pubblico e la pacifica convivenza i quali, in veste di interessi costituzionali garantiti, possono comportare una limitazione dell'esercizio della libertà religiosa in tutte le sue possibili accezioni, assicurando, ad ogni modo, una tutela unitaria e non frammentaria di tutti gli interessi coinvolti, nonché applicando il principio c.d. less restrictive measure, ossia indirizzando la scelta verso misure che consentano il minor sacrificio possibile del diritto inciso.

La premessa basilare da cui muove la Corte è data dalla considerazione che tutti i diritti fondamentali nascono limitati, non mancando di sottolineare che una disciplina sulle modalità di esercizio di un diritto non sarebbe da considerare ex se violazione o negazione del diritto, precisando che il concetto di limite è insito nel concetto di diritto, per cui è necessario che le diverse sfere giuridiche si limitino reciprocamente affinché possano coesistere nell'ordinata convivenza civile.

Nel caso di specie, innanzitutto, non si riscontrava alcuna discriminazione derivante dall'applicazione della legge regionale, essendo il permesso di costruire richiesto a prescindere dal culto professato, ovvero dall'esistenza o meno di una intesa con lo Stato.

Inoltre, la limitazione della libertà fondamentale di esercizio del proprio culto viene ad essere fondata sull'esigenza per la P.A. (nella specie, il Comune) di avere conoscenza dei mutamenti di destinazione d'uso degli immobili i quali, dato l'utilizzo per fini religiosi, possono comportare un aggravio del carico urbanistico non di scarso rilievo, incidendo sul territorio e sulla pianificazione urbanistica, considerati anche i possibili risvolti rispetto ad interessi di pari dignità giuridica quali l'ordine pubblico e la pubblica sicurezza.

Per tali motivi, la questione sollevata viene ritenuta dalla Corte manifestamente infondata.

Sulla base dei principi enunciati dalla Suprema Corte, pur nel rispetto della libertà di culto e delle esigenze associative delle singole confessioni religiose, si deve concludere nel senso che non ogni luogo può essere liberamente utilizzato a fini di culto.

Imprescindibile è il rispetto delle norme in materia di permessi di costruzione per mutamenti di destinazione d'uso di immobili, laddove in particolare le circostanze comporterebbero un aggravio del carico urbanistico non di scarso rilievo, nonché un'alterazione permanente della funzione originaria dell'immobile, anche senza l'intervento di opere.

La Corte ha tuttavia tenuto distinte tali fattispecie dai casi, per vero peculiari, scrutinate dalla Giurisprudenza amministrativa nelle quali ci si trovi in presenza di un immobile legittimamente adibito a sede di associazione culturale il cui fine religioso rivesta carattere di accessorietà e marginalità nel contesto degli scopi statutari (cfr. TAR Lombardia-Brescia, Sez. I, sentenza 8.03.2013, n. 242; TAR Lombardia-Milano, Sez. II, sentenza 25.10.2010, n. 7050).

In tali ipotesi, laddove l'accesso alle attività di preghiera non sia consentito al pubblico indiscriminatamente ma garantito ai soli associati nel rispetto delle condizioni sopra evidenziate, non ci si troverebbe in presenza di una fattispecie involgente la normativa edilizia ed in particolare le norme che disciplinano il mutamento di destinazione d'uso e ne sanzionano la realizzazione di fatto, sprovvista di provvedimenti autorizzatori.

Ed ancora, va segnalata Sez. pen. I, sentenza 4 settembre 2019, n. 37033, che, pronunciandosi su un ricorso proposto avverso la ordinanza con cui il tribunale di sorveglianza aveva confermato il provvedimento con cui il magistrato di sorveglianza aveva applicato, nei riguardi di un detenuto extracomunitario, la misura dell'espulsione dal territorio dello Stato, ai sensi dell'art. 16, comma 5, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (cd. T.U. Immigrazione), rilevando che questi non versava in situazioni ostative all'espulsione ai sensi dell'art. 19 del d.lgs. n. 286/1998 – nel respingere la tesi difensiva secondo cui il detenuto non poteva essere espulso per essere sposato da 17 anni con una cittadina italiana, e che erroneamente il tribunale di sorveglianza aveva respinto l'impugnazione, ritenendo che il detenuto non aveva dimostrato di essere effettivamente convivente con la coniuge italiana – ha invece affermato che la convivenza deve essere intesa come una situazione di possibile ripristino della comunione di vita, la quale postula, dunque, una valutazione prognostica che il giudice deve articolare sulla base di massime tratte dalla comune esperienza.

Va ricordato che l'art. 19, D.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero), pubblicato nella Gazz. Uff 18 agosto 1998, n. 191,

S.O., sotto la rubrica «Divieti di espulsione e di respingimento. Disposizioni in materia di categorie vulnerabili», prevede che "1. In nessun caso può disporsi l'espulsione o il respingimento verso uno Stato in cui lo straniero possa essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali, ovvero possa rischiare di essere rinviato verso un altro Stato nel quale non sia protetto dalla persecuzione. 1.1. Non sono ammessi il respingimento o l'espulsione o l'estradizione di una persona verso uno Stato qualora esistano fondati motivi di ritenere che essa rischi di essere sottoposta a tortura. Nella valutazione di tali motivi si tiene conto anche dell'esistenza, in tale Stato, di violazioni sistematiche e gravi di diritti umani. 1-bis. In nessun caso può disporsi il respingimento alla frontiera di minori stranieri non accompagnati. 2. Non è consentita l'espulsione, salvo che nei casi previsti dall'articolo 13, comma 1, nei confronti: a) degli stranieri minori di anni diciotto, salvo il diritto a seguire il genitore o l'affidatario espulsi; b) degli stranieri in possesso della carta di soggiorno, salvo il disposto dell'articolo 9; c) degli stranieri conviventi con parenti entro il secondo grado o con il coniuge, di nazionalità italiana; d) delle donne in stato di gravidanza o nei sei mesi successivi alla nascita del figlio cui provvedono; d-bis) degli stranieri che versano in condizioni di salute di particolare gravità, accertate mediante idonea documentazione rilasciata da una struttura sanitaria pubblica o da un medico convenzionato con il Servizio sanitario nazionale, tali da determinare un rilevante pregiudizio alla salute degli stessi, in caso di rientro nel Paese di origine o di provenienza. In tali ipotesi, il questore rilascia un permesso di soggiorno per cure mediche, per il tempo attestato dalla certificazione sanitaria, comunque non superiore ad un anno, rinnovabile finché persistono le condizioni di salute di particolare gravità debitamente certificate, valido solo nel territorio nazionale. 2-bis. Il respingimento o l'esecuzione dell'espulsione di persone affette da disabilità, degli anziani, dei minori, dei componenti di famiglie monoparentali con figli minori nonché dei minori, ovvero delle vittime di gravi violenze psicologiche, fisiche o sessuali sono effettuate con modalità compatibili con le singole situazioni personali, debitamente accertate.

Secondo la giurisprudenza civile, in tema d'immigrazione, ai fini dell'applicazione del divieto di espulsione agli stranieri conviventi con parenti entro il secondo grado o con il coniuge, di nazionalità italiana, (art. 19, secondo comma, lettera C, del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, così come modificato dalla legge 15 luglio 2009, n. 94) non è necessaria la preventiva richiesta di cittadinanza italiana da parte dello straniero convivente (Cass. civ. sez. VI, ordinanza n. 13219 del 16 giugno 2011, N. c. Pref. Prov. Roma Ufficio Territoriale, in CED Cass. 618354). Peraltro, il divieto di espulsione dello straniero

convivente con parente entro il secondo grado o con il coniuge di nazionalità italiana, stabilito all'art. 19, secondo comma, lettera c) del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, e il conseguente obbligo di rilascio del permesso di soggiorno per coesione familiare, possono essere derogati, anche in sede di rinnovo, esclusivamente se ricorrono le condizioni ostative contenute nell'art. 13, primo comma, del d.lgs. cit., consistenti in "motivi di ordine pubblico e sicurezza dello Stato" ed oggetto di specifica valutazione del Questore in sede di diniego di rilascio e successivamente del giudice eventualmente adito, non essendo sufficiente, a tal fine, – e come nella specie – invocare i precedenti penali (tra l'altro risalenti nel tempo ed anteriori al rilascio del permesso di soggiorno) e la frequentazione di pregiudicati, atteso che tali elementi di fatto possono essere idonei ad integrare le "ragioni di sicurezza" poste a base dei provvedimenti di allontanamento di un cittadino comunitario (ex art. 20 del d.lgs. 6 febbraio 2007, n. 30), ma non le più restrittive condizioni previste nel citato art. 13 (Cass. civ. sez. VI, ordinanza n. 20719 del 7 ottobre 2011, Proc. Gen. Rep. Corte App. Firenze e altri c. Min. Interno e altri, in CED Cass. 619704). Si è poi affermato che il matrimonio celebrato all'estero tra cittadini italiani e tra italiani e stranieri, secondo le forme previste dalla legge straniera, ha immediata validità nel nostro ordinamento, e, quantunque sia stato contratto – in violazione dell'art. 86 cod. civ. - da chi non aveva libertà di stato, è destinato a produrre effetti finché non sia impugnato da uno dei soggetti legittimati (tra cui anche il pubblico ministero) e non sia emessa la pronuncia del giudice di nullità. Ne consegue che – stante il divieto di espulsione previsto dall'art. 19, lett. c), del D.Lgs. n. 286 del 1998 per gli stranieri conviventi con il coniuge di nazionalità italiana – è illegittimo il provvedimento di espulsione nei confronti della cittadina straniera coniugata, a seguito di matrimonio contratto all'estero, con cittadino italiano, benché quest'ultimo fosse vincolato da un matrimonio precedente, non potendo il matrimonio celebrato all'estero considerarsi immediatamente privo di effetti dall'autorità amministrativa finché non sia intervenuta una sentenza del giudice competente a decidere, con efficacia di giudicato, della nullità del matrimonio (Cass. civ. sez. I, sentenza n. 5537 del 13 aprile 2001, M.M. c. Ministero dell'interno, in CED Cass. 545918).

In sede penale, in particolare, con riferimento al regime penitenziario, si è affermato che l'art. 19 d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (cd. Testo Unico Immigrazione) indica quale situazione ostativa rispetto a tutte le ipotesi di espulsione giudiziale (Cass. pen. sez. I, n. 40529 del 9/5/2017, H., CED Cass. 270983), ivi compresa quella di cui al comma 5 dell'art. 16 del medesimo decreto, la convivenza con parenti entro il quarto grado o con il coniuge di nazionalità italiana. In proposito, la giurisprudenza di legittimità ha affermato, in diverse occasioni, che la condizione ostativa deve sussistere al momento della deci-

sione e non in quello della commissione del reato (ex plurimis: Cass. pen. sez. I, n. 40529 del 9/5/2017, H., CED Cass. 270984). Nondimeno, essa non può essere identificata, nei casi di espulsione come sanzione alternativa alla detenzione con una situazione "fattuale" di effettiva convivenza, atteso che la carcerazione produce, inevitabilmente, l'interruzione forzata del rapporto di convivenza familiare, tuttavia assurge a elemento decisivo la concreta possibilità che tale convivenza esistente prima della carcerazione. In tali casi, pertanto, la convivenza deve essere intesa come una situazione di possibile ripristino della comunione di vita, la quale postula, dunque, una valutazione prognostica che il giudice deve articolare sulla base di massime tratte dalla comune esperienza, come ad esempio nel caso in cui il coniuge del recluso abbia manifestato, anche per fatti concludenti, l'intenzione di ricostituire il nucleo familiare su cui, momentaneamente, è intervenuta la vicenda esecutiva.

Tanto premesso, nel caso in esame, il Magistrato di sorveglianza aveva applicato, nei riguardi di un detenuto extracomunitario, la misura dell'espulsione dal territorio dello Stato, ai sensi dell'art. 16, comma 5, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (cd. T.U. Immigrazione), rilevando che il detenuto stava espiando una pena residua non superiore ai due anni; che la condanna era stata inflitta per reati non ostativi all'espulsione; che non sussistevano incertezze sull'identità o sulla nazionalità; che il detenuto era cittadino straniero, privo di permesso di soggiorno e che egli non versava in situazioni ostative all'espulsione ai sensi dell'art. 19 del d.lgs. n. 286/1998. A seguito di opposizione proposta avverso il predetto decreto, con la quale era stata dedotta la violazione dell'art. 19 T.U. Immigrazione sul presupposto che il detenuto avesse sposato una cittadina italiana nel 2001, come da certificato di matrimonio allegato, il Tribunale di sorveglianza respingeva l'impugnazione, rilevando che il detenuto non aveva dimostrato di essere effettivamente convivente con la coniuge di nazionalità italiana, circostanza ritenuta accertata a partire dal fatto che, a partire dal suo ingresso in carcere, avvenuto nel marzo 2015, il detenuto non aveva mai effettuato alcun colloquio, né visivo né telefonico, con la moglie, sicché doveva ritenersi che essa fosse stata ormai definitivamente interrotta. Contro l'ordinanza aveva proposto ricorso per cassazione il detenuto, in particolare sostenendo che l'affermazione secondo la quale questi non avrebbe ripreso la convivenza coniugale al momento della sua scarcerazione era del tutto "ipotetica", essendo egli intenzionato a riallacciare i rapporti con la moglie al termine della detenzione.

La Cassazione, nell'affermare il principio di cui in massima, ha dichiarato inammissibile il ricorso, rilevando che era stato accertato che nel corso della sua non breve carcerazione, il detenuto non aveva avuto alcun contatto, anche solo telefonico, con la moglie. E a partire da tale circostanza, peraltro non

contestata dal ricorrente, il Tribunale di sorveglianza aveva tratto un solido argomento per affermare il venir meno di una prospettiva di comunione di vita tra i due coniugi. A fronte di questa valutazione, che il Giudice di merito aveva mantenuto nei limiti di una fisiologica opinabilità di apprezzamento, senza incorrere in un evidente deficit di illogicità, il ricorso si era limitato invece ad affermare l'assenza di oggettivi riscontri, senza nondimeno offrire nessun concreto elemento a sostegno della sua prospettazione, che il detenuto ben avrebbe potuto fornire proprio in ragione della sua asserita vicinanza alla "fonte probatoria" (si pensi, secondo la S.C., a mero titolo esemplificativo, a una semplice dichiarazione di disponibilità a riprendere la convivenza da parte della moglie).

Particolarmente interessante è poi Sez. pen. V, sentenza 22 luglio 2019, n. 32862, secondo la quale Ai fini della configurabilità del reato previsto dall'art. 3, comma primo, lett. a), prima parte, legge 13 ottobre 1975, n. 654, e successive modifiche, la "propaganda di idee" consiste nella divulgazione di opinioni finalizzata ad influenzare il comportamento o la psicologia di un vasto pubblico e a raccogliere adesioni; l'"odio razziale o etnico" è integrato da un sentimento idoneo a determinare il concreto pericolo di comportamenti discriminatori, e non da qualsiasi sentimento di generica antipatia, insofferenza o rifiuto riconducibile a motivazioni attinenti alla razza, alla nazionalità o alla religione; la "discriminazione per motivi razziali" è quella fondata sulla qualità personale del soggetto, e non – invece – sui suoi comportamenti.

Infine, vengono riportate Sez. pen. V, sentenza 26 settembre 2019, n. 37544, laddove, in una fattispecie relativa alla pubblicazione di un video in cui un sacerdote consultava il proprio smartphone durante una celebrazione, si afferma la pubblicazione di un articolo su un quotidiano online, con video allegato, riguardante un fatto rispondente al vero, non configura diffamazione e, in ogni caso, il direttore della testata online non può ritenersi responsabile ex art. 57 c.p., e Sez. pen. VI, sentenza 16 ottobre 2019, n. 40658, secondo cui ai fini della sussistenza dell'elemento soggettivo del reato di maltrattamenti familiari (nella specie, nei confronti della figlia minorenne 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. Tale pronuncia conferma una giurisprudenza ormai consolidata. Sennonchè, come emerge anche dalla riserva di cui all'art. 572 c.p., se il fine dell'agente è stato quello di correzione o di disciplina, ove ne ricorrano naturalmente i presupposti (rectius, utilizzo di mezzi leciti),

dovrà trovare applicazione la diversa fattispecie di abuso dei mezzi di correzione; in mancanza di tali presupposti, però, nessun ostacolo sembra esservi per la configurabilità del delitto di maltrattamenti. Il motivo può essere rilevante nel caso in cui si agisca secondo proprie credenze o secondo scopi di natura culturale o sociale. Spesso, infatti, e soprattutto in questi ultimi tempi per l'intensificarsi del fenomeno dell'immigrazione da parte di cittadini extracomunitari, si verificano casi in cui taluno – posto sul banco degli imputati – giustifichi il proprio comportamento (per noi penalmente rilevante) affermando di avere agito in conformità a regole o a consuetudini tollerate, e in qualche caso agevolate, dal proprio gruppo (sociale) di appartenenza o dal Paese di provenienza (ossia, ciò che è considerato reato nel nostro ordinamento è, invece, lecito o giustificato per quello da cui si proviene). La giurisprudenza italiana sul tema è sostanzialmente impermeabile alla rilevanza del fattore religioso, quantomeno per escludere ipotesi di non punibilità nei casi in cui l'imputato extracomunitario adduca motivi culturali per giustificare la propria condotta criminosa. In particolare, la Suprema Corte, giudicando il delitto di maltrattamenti commesso da un extracomunitario per fini "correttivi", ha ritenuto sussistente l'elemento soggettivo, anche se tale comportamento è stato giudicato dall'autore del reato conforme alla propria cultura e alla propria concezione di educazione familiare. È stato affermato, infatti, che «in presenza di condotta oggettivamente idonea a rendere configurabile il reato di maltrattamenti in famiglia, la sussistenza dell'elemento soggettivo di tale reato non può essere esclusa per il solo fatto che l'agente, straniero di religione musulmana, ritenga la suddetta condotta conforme alla sua diversa concezione della convivenza familiare e delle potestà a lui spettanti quale capo-famiglia, ponendosi tale concezione in contrasto con i fondamentali principi dettati dagli artt. 2 e 3Cost., i quali costituiscono uno sbarramento invalicabile all'introduzione, di diritto o di fatto, nella società civile, di consuetudini, prassi e costumi che suonano come "barbari" a fronte dei risultati ottenuti nel corso dei secoli per realizzare l'affermazione dei diritti inviolabili della persona» (in tal senso, Cass. pen. sez. VI, 8 novembre 2002, n. 55; Cass. pen. sez. VI, 26 novembre 2008, n. 46300; Cass. pen. sez. VI, 7 ottobre 2009, n. 48272; Cass. pen. sez. VI, 26 aprile 2011, n. 26153). Tali arresti sono applicabili anche nell'ipotesi di fatti violenti tra coniugi appartenenti alla stessa nazionalità o estrazione culturale, ove la moglie abbia prestato consenso o, comunque, manifestato l'intenzione di tollerare gli abusi del marito. La Cassazione, in proposito, ha statuito "che il reato di maltrattamenti non può essere scriminato dal consenso dell'avente diritto, sia pure affermato sulla base di opzioni sub-culturali relative a ordinamenti diversi da quello italiano. Dette sub-culture, infatti, ove vigenti, si porrebbero in assoluto contrasto coi princi-

pi che stanno alla base del nostro ordinamento, in particolare con la garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo sanciti dall'art. 2 Cost., i quali trovano specifica considerazione in materia di diritto di famiglia negli artt. 29 e 31 Cost.". (Cass. pen. sez. VI, 20 ottobre 1999). E questo anche nella eventuale ottica di riconoscimento dell'attenuante di cui all'art. 62, n. 1, c.p., in una sorta di "etica dell'uomo", affermata (sia pure in maniera criptica) sulla base di scelte culturali relative a ordinamenti diversi dal nostro: tale riferimento a "valori" di una cultura arretrata e poco sensibile alla valorizzazione e alla salvaguardia dell'infanzia deve, infatti, cedere il passo, nell'ambito della giurisdizione italiana, ai principi-base del nostro ordinamento e, ancora una volta, a quelli posti a tutela dei diritti inviolabili dell'uomo (Cass. pen. sez. VI, 9 novembre 2006, n. 3419). Medesime considerazioni valgono anche nell'ipotesi in cui si invochi la scusante di cui all'art. 5 c.p., sulla quale la Corte ha sottolineato come non possa ritenersi inquadrabile nell'ambito delle situazioni soggettive che solo eccezionalmente – alla stregua di quanto affermato dalla Corte costituzionale con la nota sentenza n. 364/1988 – consentono di ritenere inoperante il principio generale della inescusabilità della ignoranza della legge penale, la situazione di chi, sol perché straniero, adduca a sua giustificazione la diversità della legge italiana rispetto a quella del suo Paese d'origine (Cass. pen. sez. III, 7 dicembre 1993). Nella specie, è stato escluso che potesse attribuirsi rilevanza, in un caso di violenza sessuale presunta – in quanto commessa su minore infraquattordicenne – all'assunto difensivo dell'imputato, cittadino marocchino, secondo il quale in Marocco i rapporti sessuali con minori sarebbero considerati leciti dalla legge. Orbene, in tale quadro giurisprudenziale non può ritenersi il motivo culturale quale causa escludente la responsabilità penale, anche solo in termini di carenza dell'elemento soggettivo (Cass. pen. sez. VI, 22 giugno 2011, n. 43646), ma non può disconoscersi che tale fattore può in un qualche modo, e a certe condizioni, assurgere ad elemento che possa aiutare a meglio "personalizzare" la pena, allorquando si ha la certezza che esso abbia influito in modo determinante sulle motivazioni che hanno portato alla commissione di un reato. Se, dunque, difficilmente la condotta culturalmente orientata conduce ad escludere il reato, essa potrebbe essere valutata in termini di attenuazione della pena; e la disposizione di cui all'art. 62-bis c.p., unitamente, come noi riteniamo, ai criteri commisurativi previsti dall'art. 133 c.p., può rappresentare uno strumento per meglio valutare il concreto disvalore del fatto e l'effettiva consapevole ribellione al precetto penale.

Corte di Cassazione. Sezione Quinta Penale.

Sentenza 22 luglio 2019, n. 32862

Odio razziale – Discriminazione a fini razziali – Differenze

Ai fini della configurabilità del reato previsto dall'art. 3, comma primo, lett. a), prima parte, legge 13 ottobre 1975, n. 654, e successive modifiche, la "propaganda di idee" consiste nella divulgazione di opinioni finalizzata ad influenzare il comportamento o la psicologia di un vasto pubblico e a raccogliere adesioni; l'"odio razziale o etnico" è integrato da un sentimento idoneo a determinare il concreto pericolo di comportamenti discriminatori, e non da qualsiasi sentimento di generica antipatia, insofferenza o rifiuto riconducibile a motivazioni attinenti alla razza, alla nazionalità o alla religione; la "discriminazione per motivi razziali" è quella fondata sulla qualità personale del soggetto, e non – invece – sui suoi comportamenti.

Corte di Cassazione. Sezione Terza Penale.

Sentenza 30 agosto 2019, n. 36689

Reato edilizio – Destinazione di magazzino a luogo di culto – Sussistenza

Integra il reato di cui all'art. 44, comma 1, lett. b), d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, il mutamento della destinazione d'uso di locali originariamente destinati a magazzino in luogo di culto. Il mutamento di destinazione rilevante ai fini della creazione di luoghi di culto è quello che altera, sia pure senza opere, la funzione originaria dell'immobile, al fine di adibirlo, in via permanente, ad una funzione diversa. In tal caso l'immobile perde la destinazione originariamente assentita per assumere la funzione diversa che gli viene assegnata.

Corte di Cassazione. Sezione Prima Penale.

Sentenza 4 settembre 2019, n. 37033

Matrimonio – Convivenza – Necessità quale condizione ostativa all'espulsione – Sussistenza

La convivenza con un coniuge italiano con cui è stato celebrato matrimonio religioso quale condizione ostativa all'espulsione deve essere intesa come una situazione di possibile ripristino della comunione di vita, la quale postula, dunque, una valutazione prognostica che il giudice deve articolare sulla base di massime tratte dalla comune esperienza, come ad esempio nel caso in cui il coniuge del recluso abbia manifestato, anche per fatti concludenti, l'intenzione di ricostituire il nucleo familiare su cui, momentaneamente, è intervenuta la vicenda esecutiva (esclusa, nella specie, la prospettiva di una comunione di vita tra i due coniugi, atteso che nel corso della sua non breve carcerazione, l'imputato non aveva avuto alcun contatto, anche solo telefonico, con la moglie; pertanto, a partire da tale circostanza, peraltro non contestata dal ricorrente, il Tribunale di sorveglianza aveva tratto un solido argomento per affermare il venir meno di una prospettiva di vita comune).

Corte di Cassazione. Sezione Quinta Penale.

Sentenza 26 settembre 2019, n. 37544

Diffamazione – Pubblicazione di un video in cui un sacerdote consultava durante la celebrazione uno smartphone – Verità della notizia – Insussistenza

La pubblicazione di un articolo su un quotidiano online, con video allegato, riguardante un fatto rispondente al vero, non configura diffamazione e, in ogni caso, il direttore della testata online non può ritenersi responsabile ex art. 57 c.p. (fattispecie relativa alla pubblicazione di un video in cui un sacerdote consultava il proprio smartphone durante una celebrazione).

Corte di Cassazione. Sezione Sesta Penale.

Sentenza 16 ottobre 2019, n. 40658

Maltrattamenti in famiglia – Finalità educativo-religiosa – Elemento soggettivo – Irrilevanza

Ai fini della sussistenza dell'elemento soggettivo del reato di maltrattamenti familiari (nella specie, nei confronti della figlia minorenne 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.

Presentazione

Le prime tre decisioni della Corte di Cassazione in tema tributario, qui raccolte, si riallacciano, sotto diverse prospettive, alla questione della verifica della sussistenza dell'attività di religione o culto, ai fini del riconoscimento delle agevolazioni fiscali legalmente previste a favore dell'ente.

Delle proposte pronunce, solo la prima qui riprodotta, nei confronti del ricorrente Istituto ex IPAB, porta il percorso logico dell'Alta Corte ad un esito negativo.

Nello specifico, la decisione della Cassazione, chiamata a pronunciarsi sul ricorso di un Istituto ex IPAB trasformato in azienda pubblica di servizi alla persona, appare coerente con l'impostazione legislativa nel negare l'agevolazione ICI. Il ragionamento della Suprema Corte, infatti, prende in considerazione non solo la natura dell'attività svolta (assistenza ai fanciulli), ben diversa dall'"assistenza ospedaliera" solo per la quale è prevista l'esenzione, ma anche l'elemento temporale dell'immediatezza delle strutture per la destinazione allo scopo istituzionale, posto che per le aree edificabili risultava processualmente incontroverso che si fosse mai svolta attività assistenziale o altra attività fiscalmente agevolata.

Una seconda decisione qui proposta attiene ad un ricorso in Cassazione proposto da Roma Capitale avverso la Congregazione delle Suore di Nostra Signora dell'Immacolata. La Suprema Corte, dando seguito ad un principio di diritto consolidato dalla sua giurisprudenza, ha confermato le richieste della Congregazione ed ha affermato che quando l'attività di assistenza, o altra equiparata, è fatta dietro un corrispettivo talmente esiguo da potersi definire puramente "simbolico", in quanto appena sufficiente a coprire i costi di gestione, l'attività ricettiva assistenziale è da intendersi senza fine di lucro e non inficia la prevalente natura delle perseguite finalità di culto.

Di interesse, la terza decisione dell'Alta Corte qui riferita e collegabile con la prima pronuncia proposta al lettore, con cui viene accolto un ricorso della Congregazione Cristiana dei Testimoni di Geova, avente ad oggetto il chiarimento del concetto di "destinazione diretta ed immediata" applicabile ad un immobile (in specie, in costruzione) diretto a scopo di culto e religione. La ricostruzione logica della Cassazione enuclea nell'area di edificazione il nodo risolutivo della questione, assodato che questa era senza dubbio strumentalmente preordinata all'attuazione dello scopo istituzionale. Tale circostanza, tra l'altro, assevera il rispetto del principio di non estensibilità dei provvedi-

menti beneficiali, stante il carattere di tassatività e stretta interpretazione delle norme di agevolazione ed esenzione fiscale dominante sull'intera disciplina.

L'ultima decisione della Cassazione si occupa della tassazione di una plusvalenza, derivante dal pagamento, quale indennità di espropriazione di un terreno, a favore di un istituto diocesano per il sostentamento del clero. Il supremo organo di nomofilachia riconosce il regime fiscale agevolativo a condizione che l'ente ecclesiastico in questione, che, per sua natura, può svolgere anche attività commerciale, eserciti quest'ultima in forma non prevalente, e purché l'operazione compiuta, relativamente al terreno espropriato, possa rientrare tra le attività commerciali dell'ente. Si tratta di un raro caso in cui l'agevolazione fiscale presuppone specificamente lo svolgimento di attività commerciali in capo a un ente *non profit*.

Cassazione Civile, Sezione V, sentenza 21 marzo 2019, n. 7985

Esenzione ICI – Istituto ex-IPAB – Diretta strumentalità di immobile di proprietà a fini istituzionali assistenziali – Non spetta.

Gli Istituti ex-IPAB non hanno diritto alle esenzioni ICI in relazione alle aree edificabili di cui siano proprietari qualora difetti, per dette aree, il carattere di diretta strumentalità con l'attività assistenziale svolta e quando detta attività non sia assimilabile a quella di religione o di culto. Nel caso di specie, non si può rapportare l'attività di assistenza ai fanciulli statutariamente svolta, con quella di assistenza ospedaliera in relazione alla quale, solamente, l'esenzione è prevista. A conforto del diniego sta il principio che le norme di esenzione, in quanto derogatorie del regime generale di applicazione dell'imposta, non sono suscettive di interpretazione lata o analogica.

Svolgimento del processo

1. In controversia insorta tra l'Istituto A. (OMISSIS) ed il Comune di San Gemini con riguardo alla legittimità degli avvisi di accertamento per Ici degli anni dal 2004 al 2008, pretesa dal Comune relativamente ad alcune aree edificabili appartenenti all'Istituto e della quale quest'ultimo contestava la debenza facendo riferimento alla propria natura di istituzione pubblica per l'assistenza e la beneficienza (IPAB) e sostenendo di avere diritto sia all'esenzione prevista dall'art. 7, comma 1, lett. a), sia all'esenzione prevista dal D.Lgs. 30 dicembre 1992, n. 504, art. 7, comma 1, lett. i), la commissione tributaria regionale dell'Umbria, con sentenza in data 1 agosto 2012, n. 193, confermava la legittimità degli avvisi già riconosciuta in primo grado, escludendo che all'Istituto spettassero le suddette esenzioni perché, quanto alla prima, "dagli atti non risulta(va) che l'Istituto svolgesse l'attività di cui alla L. n. 833 del 1972, art. 41, richiamata, ai fini Ici, dal D.Lgs. n. 504 del 1992, art. 7," e perché, quanto alla seconda, mancava il requisito della "diretta strumentalità" delle aree in questione rispetto all'attività assistenziale svolta dall'Istituto.

2. L'Istituto ricorre per la cassazione della suddetta sentenza, sulla base di quattro motivi illustrati con memoria.

3. Il Comune di San Gemini resiste con controricorso.

Motivi della decisione

1. Con il primo motivo di ricorso, l'Istituto lamenta violazione o falsa applicazione del D.Lgs. 30 dicembre 1992, n. 504, art. 7, comma 1, lett. a), della L. 23 dicembre 1978, n. 833, art. 41, e del D.Lgs. 4 maggio 2001, n. 207, art. 5,

nonché omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio, per avere la commissione tributaria regionale escluso l'applicabilità dell'esenzione prevista dalla prima delle suddette disposizioni senza considerare che essa ricorrente, come dimostrato dal proprio statuto, aveva sempre svolto, sia come IPAB (fino al giugno 2008) sia come Azienda Pubblica di servizi alla persona (in epoca successiva al giugno 2008), funzioni di «ricovero e assistenza a favore di fanciulli abbandonati, dei figli di ignoti, dei fanciulli per i quali sia chiesta assistenza, dei fanciulli nati da unioni illegittime, dei neonati orfani di entrambi i genitori», e per di più trascurando di pronunciarsi sul requisito oggettivo dell'esenzione costituito da ciò gli immobili siano «destinati esclusivamente ai compiti istituzionali dell'ente».

2. Con il secondo motivo di ricorso, l'Istituto lamenta che, a seguire la tesi della commissione secondo cui non spetta ad esso ricorrente l'esenzione prevista dal D.Lgs. 30 dicembre 1992, n. 504, art. 7, comma 1, lett. a), detto articolo si porrebbe in contrasto con gli artt. 3, 31 Cost., comma 2 e art. 38 Cost., perché negherebbe l'esenzione ad enti che svolgono un'attività – di assistenza alla maternità e all'infanzia – che la Costituzione tende ad agevolare e che non è meno meritoria di quella svolta dagli enti ai quali l'esenzione è riconosciuta.

3. Con il terzo motivo di ricorso, l'Istituto lamenta violazione o falsa applicazione del D.Lgs. 30 dicembre 1992, n. 504, art. 7, comma 1, lett. i), della L. 23 dicembre 1978, n. 833, art. 41, nonché omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio, per avere la commissione tributaria regionale escluso l'applicabilità dell'esenzione prevista dalla prima delle suddette disposizioni affermando che le aree edificabili tassate non erano in rapporto di «diretta strumentalità» rispetto all'attività assistenziale svolta dall'Istituto senza considerare che dette aree erano «funzionali all'ottenimento delle risorse economiche essenziali per erogare le prestazioni assistenziali contemplate della statuto».

4. Con il quarto motivo di ricorso, l'Istituto lamenta che, a seguire la tesi della commissione secondo cui non spetta ad esso ricorrente l'esenzione prevista dal D.Lgs. 30 dicembre 1992, n. 504, art. 7, comma 1, lett. i), detto articolo si porrebbe in contrasto con gli artt. 3, 31 Cost., comma 2 e art. 38 Cost., perché senza ragione negherebbe l'esenzione per gli immobili non strumentali degli enti di assistenza alla maternità e all'infanzia, che la Costituzione prevede debbano essere agevolati.

5. Il primo motivo è infondato. Merita ricordare che il D.Lgs. n. 504 del 1992, art. 7, comma 1, lett. a), stabilisce che sono esenti da imposta «gli immobili posseduti... dalle istituzioni sanitarie pubbliche autonome di cui alla L. 23 dicembre 1978, n. 833, art. 41... destinati esclusivamente ai compiti istituzionali», che la L. n. 833 del 1978, art. 41, stabilisce (per quanto interes-

sa) che «salva la vigilanza tecnico-sanitaria spettante all'unità sanitaria locale competente per territorio, nulla è innovato alle disposizioni vigenti per quanto concerne il regime giuridico-amministrativo degli istituti ed enti ecclesiastici civilmente riconosciuti che esercitano l'assistenza ospedaliera, nonché degli ospedali di cui alla L. 26 novembre 1973, n. 817, art. 1». Il riferimento al D.Lgs. n. 207 del 2001, art. 5, («le istituzioni che svolgono direttamente attività di erogazione di servizi assistenziali sono tenute a trasformarsi in aziende pubbliche di servizi alla persona...») si correla alla trasformazione dell'Istituto da IPAB e Azienda pubblica di servizi alla persona, avvenuta in data 24 giugno 2006 (circostanza incontroversa). La commissione tributaria regionale, laddove ha negato all'Istituto l'esenzione in parola dicendo che «la (OMISSIS) è sicuramente una ex IPAB ma agli atti non risulta che svolga attività di cui alla L. n. 833 del 1978, art. 41», non ha violato né ha falsamente applicato le disposizioni sopra richiamate avendo invece, in modo esatto, riscontrato che l'Istituto svolgeva statuariamente un'attività (di assistenza ai fanciulli) diversa da quella di «assistenza ospedaliera» (solo in riferimento alla quale l'esenzione è prevista). Né la sentenza impugnata può essere censurata per non avere la commissione trattato del requisito oggettivo dell'esenzione essendo evidente l'inutilità di trattare di tale requisito una volta esclusa la ricorrenza del requisito soggettivo.

6. Il terzo motivo di ricorso, che per ragioni di economia va esaminato prima del secondo, è infondato. Merita ricordare che il D.Lgs. n. 504 del 1992, art. 7, comma 1, lett. i), stabilisce che sono esenti da imposta «gli immobili utilizzati dai soggetti di cui al testo unico delle imposte sui redditi, approvato con D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, art. 87, comma 1, lett. c), e successive modificazioni, destinati esclusivamente allo svolgimento di attività assistenziali, previdenziali, sanitarie, didattiche, ricettive, culturali, ricreative e sportive, nonché delle attività di cui alla L. 20 maggio 1985, n. 222, art. 16 lett. a)». Va altresì evidenziato che la norma, come ogni norma di esenzione o di agevolazione, in quanto determinativa di una deroga al regime generale di applicazione dell'imposta, non è suscettiva di interpretazione lata o analogica. La commissione tributaria regionale, laddove ha negato all'Istituto l'esenzione in parola evidenziando che le aree edificabili in questione – le quali a detta dello stesso Istituto sono «funzionali all'ottenimento delle risorse economiche essenziali per erogare le prestazioni assistenziali contemplate della statuto» – non erano direttamente strumentali all'attività assistenziale non ha violato né ha falsamente applicato le disposizioni richiamate avendo invece, in modo esatto, riscontrato che le aree edificabili non erano destinate ad una delle attività agevolate ossia che su quelle aree non veniva realizzata l'attività assistenziale.

7. Quanto al secondo e al quarto motivo di ricorso, con i quali vengono sollevati dubbi di legittimità costituzionale del D.Lgs. n. 504 del 1992, art. 7, comma 1, lett. a) e i), si osserva: ai sensi della L. 11 marzo 1953, n. 87, art. 23, un incidente di costituzionalità è giustificato qualora il giudizio non possa essere definito indipendentemente dalla risoluzione della questione di legittimità e se la questione non è manifestamente infondata; il dubbio sollevato rispetto alla lett. a) è irrilevante perché la prospettata equiparazione tra enti dediti all'assistenza all'infanzia (quale l'Istituto ricorrente) e gli enti per cui la norma prevede l'esenzione, riguarderebbe solo i beni «destinati esclusivamente ai compiti istituzionali», ossia immobili direttamente e immediatamente destinati allo svolgimento delle attività agevolate, laddove invece, nel caso di specie, si tratta di aree (edificabili) su cui (è incontroverso) non sia mai stata svolta attività assistenziale; il dubbio sollevato rispetto alla lett. i) è manifestamente infondato essendovi una evidente giustificazione logica alla base della scelta legislativa che proprio perché giustificata non travalica i limiti della discrezionalità del legislatore e si sottrae ad ogni ragionevole dubbio – di esentare dall'imposta soltanto gli immobili «destinati esclusivamente allo svolgimento di attività assistenziali», e non tutti gli immobili degli enti che svolgono quelle attività.

9. Il ricorso deve essere rigettato.

10. Le spese del giudizio di legittimità seguono la soccombenza.

P.Q.M.

rigetta il ricorso e condanna l'Istituto A. (OMISSIS) a rifondere al Comune di San Gemini le spese del giudizio di legittimità, liquidate in Euro 4500,00, oltre spese forfetarie ed accessori di legge;

ai sensi del testo unico approvato con il D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art. 13, comma 1-quater, introdotto dalla L. 24 dicembre 2012, n. 228, art. 1, comma 17, dà atto della sussistenza dei presupposti per il pagamento, da parte dell'Istituto ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma dello stesso art., comma 1-bis.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio, il 5 marzo 2019.

Depositato in Cancelleria il 21 marzo 2019

Cassazione Civile, Sezione V, sentenza 22 maggio 2019, n. 13787

Esenzione ICI – Ente ecclesiastico – Qualificazione giuridica dell'attività svolta – Equivalenza tra gratuità della prestazione e compenso simbolico – Spetta.

Gli enti ecclesiastici proprietari di immobili adibiti ad attività ricettiva assistenziale senza fine di lucro o percettori di un corrispettivo simbolico, tale da dar luogo ad un volume di affari sufficiente alla sola copertura dei costi di gestione, pur dovendosene in concreto operare l'accertamento, godono delle esenzioni ICI

Fatto

1.- La Congregazione delle Suore di Nostra Signora dell'Immacolata, proprietaria di immobili, ha impugnato l'avviso di accertamento ICI dell'anno 2008 deducendo di avere diritto alla esenzione dall'imposta ai sensi del D. Lgs. n. 504 del 1992, art. 7, lett. i).

2.- La Commissione tributaria provinciale ha respinto il ricorso; la Congregazione ha proposto appello che è stato accolto dalla Commissione regionale del Lazio, ritenendo non dovuta l'imposta per la sussistenza dei requisiti oggettivi e soggettivi dell'esenzione.

3.- Avverso la predetta sentenza propone ricorso per cassazione Roma Capitale, affidandosi ad un unico motivo. Alla pubblica udienza del 4 aprile 2019 il P.G. ha chiesto il rigetto del ricorso, i procuratori hanno insistito in atti.

Diritto

Ragioni della decisione

4.- Con l'unico motivo di ricorso si lamenta la violazione e falsa applicazione di legge (art. 360 c.p.c., n. 3) in relazione del D. Lgs. n. 504 del 1992, art. 7, lett. i);

4.1- La CTR ha ritenuto che negli immobili oggetto di imposizione siano svolte attività ricettive assistenziali che non hanno fine di lucro, e quindi non per il mercato e non in condizioni di concorrenza. In particolare la Commissione ha verificato il volume d'affari medio mensile di ciascuno degli immobili in questione (Euro 499, 00) e lo ha considerato esiguo, idoneo a coprire solo i costi di gestione Roma Capitale osserva che il diritto alla esenzione spetta solo quando oltre al requisito soggettivo (natura di ente non commerciale) sussista anche il requisito oggettivo e cioè la finalità di culto e comunque

che il volume d'affari in questione non può considerarsi esiguo.

4.2. Il motivo è inammissibile, in quanto si traduce in una censura sul giudizio di fatto operato dalla Commissione.

5.- Si deve premettere che la CTR si è attenuta principio di diritto più volte affermato da questa Corte, in materia di esenzione dall'ICI per gli enti non commerciali. Il D. Lgs. n. 504 del 1992, art. 7, comma 1, lett. i), nel testo *ratione temporis* applicabile ha stabilito che l'esenzione si applica, sussistendo il requisito soggettivo e cioè la natura non commerciale dell'ente (che qui non è in discussione), alle attività indicate nella medesima lettera "che non abbiano esclusivamente natura commerciale".

Per giurisprudenza costante di questa Corte, il requisito oggettivo ai fini dell'esenzione prevista dall'art. 7 (nella formulazione vigente per le annualità 2004/2005) è "rappresentato dallo svolgimento esclusivo nell'immobile di attività di assistenza o di altre attività equiparate, il cui accertamento deve essere operato in concreto, verificando che l'attività cui l'immobile è destinato, pur rientrando tra quelle esenti, non sia svolta con le modalità di un'attività commerciale". (Cass. civ. sez. V 10754/2017; Cass. civ. sez. V n. 5041/2015). Più di recente, questa Corte ha precisato che l'esenzione prevista in favore degli enti non commerciali del D. Lgs. n. 504 del 1992, art. 7, comma 1, lett. i), è compatibile con il divieto di aiuti di Stato sancito dalla normativa UE ove abbia ad oggetto immobili destinati allo svolgimento di attività non economica, dovendo intendersi tale, secondo il diritto dell'Unione (decisione 2013/284/UE della Commissione, del 19 dicembre 2012), l'attività svolta a titolo gratuito ovvero dietro il versamento di un corrispettivo simbolico (Cass. n. 4066/2019).

5.1.- Nella fattispecie la CTR ha verificato la natura della attività svolta in questi immobili, classificandola come attività ricettiva per fini sociali (ospitalità a parenti di malati, a studenti in condizioni disagiate) e il volume d'affari, concludendo che si tratti di compensi simbolici, idonei solo a coprire i costi di gestione.

Si tratta di un giudizio in fatto, di cui in questa sede non si può chiedere la revisione, posto che il principio di diritto applicato è corretto e conforme alla giurisprudenza di questa Corte.

Il ricorso deve quindi essere dichiarato inammissibile.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

PQM

Dichiara inammissibile il ricorso e condanna il ricorrente alle spese del giudizio di legittimità che liquida in Euro 3.000,00 oltre rimborso spese forfetarie ed accessori di legge.

Ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 *quater* dà atto della

sussistenza dei presupposti per il versamento da parte del ricorrente dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso principale, a norma dello stesso art. 13, comma 1 bis.

Cassazione Civile, Sezione V, sentenza 17 luglio 2019, n. 19180

Esenzione ICI – Congregazione dei Testimoni di Geova – Immobile destinato ad attività di culto – Sussistenza di vincolo preparatorio e strumentale alla destinazione finale – Spetta.

Per destinazione di un immobile si intende l'uso concretamente possibile in relazione alla natura del bene. Tale criterio è estensibile anche ad un edificio in costruzione insistente, a sua volta, su un'area avente già una destinazione oggettivamente impressa e non mutabile ma strumentalmente preordinata ad attuare scopi di culto o religione, quali possono intendersi le attività didattiche.

L'ente proprietario dell'edificio godrà pertanto di esenzione ICI.

Fatto

1.- La Congregazione Cristiana dei Testimoni di Geova ha impugnato l'avviso di accertamento per ICI dell'anno 2006, pretesa dal Comune di Milano e relativa ad un terreno edificabile sul quale essa Congregazione aveva già presentato (anno 2003) una denuncia di inizio attività di edificazione di un fabbricato, poi ultimato e accatastato nell'anno 2007, e destinato ad attività di culto. La Congregazione ha fatto valere innanzi al giudice di primo grado il difetto di sottoscrizione dell'avviso (motivo non riproposto in appello), il difetto di motivazione e il diritto all'esenzione ai sensi del D. Lgs. n. 504 del 1992, art. 7, comma 1, lett. i) trattandosi di immobile destinato al culto.

2.- Il ricorso è stato respinto e la CTR della Lombardia, adita in appello dalla contribuente, ha confermato la decisione di primo grado con sentenza depositata il 10 marzo 2014.

3.- Ricorre per cassazione la Congregazione affidandosi a cinque motivi. Resiste con controricorso il Comune di Milano.

Diritto

RAGIONI DELLA DECISIONE

4.- Con il primo motivo del ricorso la Congregazione lamenta la violazione di legge in relazione al D. Lgs. n. 504 del 1992, art. 7, comma 1, lett. i).

La ricorrente deduce che la CTR ha reso una erronea lettura dell'art. 7 perché ha fatto riferimento al concetto di utilizzo diretto del bene, che qui non viene in discussione poiché l'immobile è sempre stato utilizzato dalla Congregazione, e sin dall'inizio destinato a scopi di culto.

Con il secondo motivo di ricorso la parte lamenta la violazione di legge in relazione all'art. 2909 c.c., atteso che sul punto del diritto alla esenzione dall'ICI, anche durante la fase della costruzione dell'edificio, si sarebbe formato il giudicato.

La ricorrente deduce di aver prodotto, unitamente all'atto di appello, due sentenze della CTR di Milano, di cui la controparte non contesta l'avvenuto passaggio in giudicato, nelle quali è stato accertato che nell'area in questione negli anni 2005 e 2007 era in corso di costruzione un edificio che, una volta ultimato, è stato accatastato come E/7 ed è stato effettivamente destinato al culto e quindi esentato da ICI. In queste sentenze il giudice di secondo grado ha affermato: "si deve ritenere che l'immobile di cui si discute, ancorché costituito da una area edificabile, fosse fin dall'origine destinato a luogo di culto. E come tale anche se non poteva essere concretamente utilizzato per tale scopo, fino alla ultimazione dell'edificio doveva comunque usufruire dell'esenzione fiscale".

Con il terzo motivo di ricorso si lamenta la violazione del D. Lgs. n. 546 del 1992, art. 36, n. 4 lamentando che i giudici di merito non hanno motivato se non per mezzo di una tautologia la censura sul difetto di motivazione dell'avviso di accertamento. Con il quarto motivo di ricorso si lamenta la violazione della L. n. 296 del 2006, art. 1, comma 162 atteso che la circostanza che il contribuente si sia difeso non vale a sanare il difetto di motivazione dell'avviso di accertamento. Con il quinto motivo di ricorso si lamenta l'omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio, in quanto la Congregazione ha lamentato che gli atti richiamati nell'avviso di accertamento non sono stati allegati né il loro contenuto è stato riprodotto e il giudice di secondo grado non ha considerato e analizzato questo punto.

5.- I primi due motivi devono esaminarsi congiuntamente, non potendosi prescindere, nella soluzione della questione, dall'accertamento in fatto operato dalla CTR della Lombardia con le sentenze di cui sopra si è detto, relative agli anni 2005 e 2007.

La CTR infatti nega la esenzione in parola non solo per difetto del requisito dell'uso diretto, ma anche per difetto di uso immediato: è infatti pacifico che nell'aera in questione, finché l'edificio era in costruzione, non vi si tenevano funzioni religiose mentre, completato l'edificio, esso è stato effettivamente usato per scopi di culto e attività di religione, e il tributo non è più stato preteso.

Questa Corte si è già pronunziata con specifico riferimento all'immobile costruendo destinato a fini didattici (esenti ICI così come l'esercizio del culto), affermando che "per destinazione dell'immobile deve intendersi infatti l'uso concretamente possibile in relazione alla natura del bene: l'area edifi-

cabile che sia impegnata e effettivamente assoggettata ai passaggi burocratici e materiali indispensabili per l'edificazione dei locali universitari, assistenziali, etc. è area che rientra nel novero degli immobili agevolati" (Cass. n. 9787/2017). Diversamente invece nel caso in cui l'area non venga impegnata con atti inequivoci al fine protetto dal legislatore. Il punto è quindi di verificare non tanto se l'uso è stato immediato, ma se l'area in questione, anche durante il periodo in cui l'edificio era in costruzione e quindi -giocoforza- non effettivamente usato per le attività esenti, aveva però già una destinazione inequivocamente impressa e non mutabile. Nella fattispecie si è formato un giudicato, riguardante gli anni di imposta 2005 e 2007 su una circostanza di fatto, necessariamente valevole anche per l'anno intermedio 2006, e cioè che l'area in oggetto, anche in fase di edificazione, era in effetti strumentalmente preordinata ad attuare e rendere possibile la destinazione esente di culto

Di conseguenza deve ritenersi che nella fattispecie l'area sia stata impegnata sin dall'inizio per l'edificazione di un edificio di culto e non per altro.

La conclusione qui accolta non contravviene al carattere di tassatività e stretta interpretazione delle norme di agevolazione o esenzione, dal momento che essa non estende il beneficio ad ipotesi non previste, ma attua appieno la *ratio* di favore nella considerazione del ravvisato vincolo preparatorio e strumentale alla destinazione finale dell'immobile.

Pertanto spetta alla ricorrente, per il terreno di cui si tratta, l'esenzione di cui al D. Lgs. n. 504 del 1992, art. 7, comma 1, lett. i) anche per l'anno 2006, ciò in applicazione dei seguenti principi di diritto: – in materia di Ici, il regime di esenzione di cui al D. Lgs. n. 504 del 1992, art. 7 si applica anche, per le annualità di edificazione, sull'area di costruzione, a condizione che tale edificazione sia indirizzata, in maniera univoca e conforme allo strumento urbanistico ed al titolo edilizio, alla realizzazione di un immobile destinato allo svolgimento di attività esente; – l'univoca strumentalità e la conformità dell'attività edilizia alla realizzazione di immobile destinato ad attività esente costituiscono l'oggetto di un accertamento di fatto demandato al giudice di merito".

Ne consegue l'accoglimento del ricorso, con assorbimento degli ulteriori motivi del ricorso, la cassazione della sentenza impugnata e, potendosi decidere nel merito senza ulteriori accertamenti in fatto, l'accoglimento dell'originario ricorso della contribuente.

La particolarità e sostanziale novità della questione giustificano la compensazione per intero delle spese del giudizio.

P.Q.M.

Accoglie il ricorso, cassa la sentenza impugnata e, decidendo nel merito, accoglie l'originario ricorso della contribuente.

Cassazione Civile, Sezione V, sentenza 30 luglio 2019, n. 20480

Tributi erariali diretti – Plusvalenze su operazioni speculative – Opzione per la rivalutazione e l'imposizione sostitutiva – Istituti per il sostentamento del clero – Sussistenza – Limiti.

Gli Istituti diocesani per il sostentamento del clero sono legittimati ad esercitare l'opzione per la rivalutazione dei beni immobili ed il versamento dell'imposta sostitutiva della tassazione della plusvalenza successivamente realizzata con la cessione degli stessi ove ed entro i limiti in cui svolgano in concreto, accanto ad attività di religione o di culto, attività di carattere commerciale.

(Massima tratta dal CED della Cassazione)

Svolgimento del processo

1.L'Istituto diocesano propone ricorso per la cassazione della sentenza della Commissione tributaria regionale della Campania n. 3250/46/14, depositata 11 aprile 2014, che ha rigettato l'appello dello stesso contribuente avverso la sentenza della Commissione tributaria provinciale di Napoli, che aveva rigettato il ricorso del medesimo ente contro il silenzio-rifiuto serbato dall'Amministrazione finanziaria sulla sua istanza di rimborso delle ritenute erariali d'acconto, trattenute dallo I.A.c.p. di Napoli sull'indennità di espropriazione convenuta con l'Istituto diocesano e pagata a quest'ultimo.

2.Infatti, il contribuente aveva proposto all'Agenzia delle Entrate istanza di rimborso dell'importo di Euro 142.767,80, trattenuto dallo I.A.c.p., quale sostituto d'imposta ed a titolo di ritenuta d'acconto, sull'indennità dovuta allo stesso Istituto diocesano come indennità, convenuta tra le parti, per l'espropriazione di un terreno di proprietà di quest'ultimo.

Assumeva infatti il contribuente (così come risulta dalla sentenza impugnata) che l'importo in questione era stato indebitamente trattenuto, atteso che lo stesso Istituto diocesano aveva in precedenza optato per la rivalutazione del medesimo immobile oggetto dell'espropriazione, pagando la relativa imposta sostitutiva del 4%, oltre agli interessi, di cui alla L. 24 dicembre 2007, n. 244, art. 1, comma 91. Aggiungeva inoltre di non aver riportato il relativo credito, del quale chiedeva il rimborso, nella dichiarazione dei redditi per l'anno 2009.

3.Proposto dal contribuente ricorso, presso la Commissione tributaria provinciale di Napoli, avverso il silenzio-rifiuto dell'Amministrazione, quest'ultima si era costituita, eccependo (così come risulta dalla sentenza impugnata)

che il terreno in questione non poteva essere legittimo oggetto della rivalutazione, ai fini dell'applicazione dell'imposta sostitutiva di cui alla citata L. n. 244 del 2007, art. 1, comma 91, in quanto si trattava di un bene destinato ad attività commerciale ed appartenente ad un ente non commerciale.

Aveva infatti dedotto l'Agenzia delle Entrate che la disciplina applicabile in materia era dettata dal D.L. 29 novembre 2008, n. 185, art. 15, comma 16, convertito, senza modifiche, dalla L. 28 gennaio 2009, n. 2, e dalla L. 21 novembre 2000, n. 342, art. 15, in base ai quali possono beneficiare della rivalutazione i soggetti titolari di reddito d'impresa; ovvero, ma limitatamente ai beni relativi all'attività commerciale, gli enti non commerciali, i quali, pur svolgendo attività commerciali, non abbiano per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di queste ultime.

Inoltre, l'Ufficio aveva altresì eccepito che, ove pure il contribuente avesse avuto diritto al rimborso domandato, avrebbe dovuto richiederlo riportando il relativo importo a credito, ciò che non era avvenuto nella dichiarazione dei redditi presentata dall'Istituto diocesano per l'anno 2009.

La CTP ha rigettato il ricorso ritenendo quest'ultima eccezione, relativa alle modalità di esercizio dell'eventuale diritto del contribuente al rimborso, fondata ed assorbente rispetto a quella dell'ammissibilità, nel caso di specie, della rivalutazione del terreno de quo.

4.Avverso la sentenza di primo grado ha proposto appello, dinnanzi alla Commissione tributaria regionale della Campania, il contribuente, riaffermando il suo diritto al rimborso e la proponibilità della relativa istanza nelle forme di cui al D.P.R. 29 settembre 1973, n. 602, art. 38.

All'esito del contraddittorio con l'Ufficio, la CTR ha rigettato l'appello, ritenendo che, in forza delle disposizioni normative già invocate in primo grado dall'Agenzia delle Entrate, non ricorressero i presupposti soggettivi della rivalutazione del terreno in questione, ai fini dell'applicazione della relativa imposta sostitutiva, non rientrando l'istituto diocesano tra gli enti legittimati ad accedere a tale regime fiscale.

Ritenuto tale motivo ostativo all'accesso alla rivalutazione dell'immobile ed alla relativa imposta sostitutiva, e quindi preclusivo del sorgere del diritto del contribuente al rimborso delle somme trattenute dal sostituto d'imposta sull'indennità incassata dall'Istituto diocesano per l'espropriazione dello stesso bene, la CTR, nella motivazione, ha dichiarato prima esplicitamente assorbita la questione relativa alla forma con la quale l'eventuale rimborso avrebbe dovuto essere richiesto, immediatamente dopo definendo "condivisibile" l'"indicazione... effettuata dalla sentenza di primo grado" sul punto, secondo la quale il contribuente avrebbe necessariamente dovuto riportare il relativo importo a credito nella successiva dichiarazione.

5. Il contribuente propone quindi ricorso per la cassazione della sentenza d'appello, affidato a due motivi.

6. L'Agenzia delle Entrate è rimasta intimata.

Motivi della decisione

1.Con il primo motivo, il ricorrente denuncia la violazione e la falsa applicazione della L. 20 maggio 1985, n. 222, artt. 15 e 16; del D.L. n. 185 del 2008, art. 15, comma 16, convertito dalla L. n. 2 del 2009; e della L. n. 342 del 2000, art. 15.

Sostiene il ricorrente che avrebbe errato il giudice a quo nell'escludere, in base alle citate norme, che l'istituto diocesano per il sostentamento del clero fosse legittimato ad accedere alla rivalutazione del terreno in questione, al fine dell'applicazione opzionale dell'imposta sostitutiva della tassazione della plusvalenza successivamente realizzata con l'incasso dell'indennità di espropriazione dello stesso bene, con conseguente diritto dell'espropriato al rimborso della ritenuta d'acconto trattenuta dall'espropriante su tale attribuzione patrimoniale.

1.1. Infatti, secondo il ricorrente, il giudice a quo non avrebbe considerato la natura giuridica dello stesso Istituto diocesano per il sostentamento del clero, che costituisce un ente ecclesiastico dotato di personalità giuridica civile che, proprio ai sensi della L. n. 222 del 1985, artt. 15 e 16 annovera tra i suoi compiti sia attività di religione o di culto, sia attività diverse, tra le quali anche quelle commerciali o a scopo di lucro. Invece, sostiene il ricorrente, il giudice a quo, si sarebbe limitato a valutare unicamente lo scopo non dichiaratamente commerciale dell'Istituto, ritenendolo sufficiente ad escludere la sua inclusione sia tra i soggetti di cui al D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, art. 73, comma 1, lett. a) e b), richiamato dal D.L. n. 185 del 2008, art. 15, comma 16, convertito dalla L. n. 2 del 2009; sia tra i soggetti menzionati nella L. n. 342 del 2000, art. 15.

1.2. Il motivo è fondato e va accolto, nei termini che seguono.

Al fine dell'inquadramento giuridico della fattispecie, occorre muovere dalla premessa che, come ha dedotto lo stesso ricorrente, gli Istituti diocesani per il sostentamento del clero fanno parte degli enti ecclesiastici che possono essere civilmente riconosciuti come persone giuridiche agli effetti civili, ai sensi della L. n. 222 del 1985, artt. 21, 22 e 15.

Il successivo art. 24, comma 1, determina le attività demandate agli Istituti per il sostentamento del clero, stabilendo, per quanto qui interessa, che, dall'1 gennaio 1987, ognuno di essi provveda, in conformità allo statuto, ad assicurare, nella misura periodicamente determinata dalla Conferenza episcopale italiana, il congruo e dignitoso sostentamento del clero che svolge servizio in favore della relativa diocesi.

L'art. 27, inoltre, aggiunge che l'Istituto centrale e gli altri Istituti per il sostentamento del clero possono svolgere anche funzioni previdenziali integrative autonome per il clero, prevedendo altresì che ogni Istituto diocesano destini, in conformità ad apposite norme statutarie, una quota delle proprie risorse per sovvenire alle necessità che si manifestino nei casi di abbandono della vita ecclesiastica da parte di coloro che non abbiano altre fonti sufficienti di reddito.

Gli artt. 33-36 prevedono ulteriori compiti degli Istituti diocesani per il sostentamento del clero e regolano il funzionamento di questi ultimi sotto diversi aspetti. Appare utile evidenziare, per quanto qui interessa, che l'art. 35, comma 1, in materia di aspetti economici riguardanti il funzionamento dell'Istituto, stabilisce che esso provveda all'integrazione economica eventualmente spettante ai sacerdoti della diocesi con i redditi del proprio patrimonio, salvo l'intervento dell'Istituto centrale nel caso in cui questi ultimi fossero insufficienti. Gli artt. 36-38, infine, disciplinano l'alienazione di beni, ed in particolare anche di immobili, da parte degli Istituti per il sostentamento del clero.

Dal complesso di tali disposizioni si evince pertanto che il legislatore non ha escluso, ed anzi ha presupposto, che l'Istituto diocesano per il sostentamento del clero possa svolgere, accanto ad attività di religione o di culto, anche ulteriori compiti, ed in particolare anche attività di natura e rilevanza economica e commerciale, finalizzate alla produzione di quei redditi del proprio patrimonio attraverso i quali provvedere ad integrare, se necessario, la remunerazione spettante al clero che svolge servizio in favore della diocesi, per assicurare il congruo e dignitoso sostentamento di ogni sacerdote.

Pertanto, così come dedotto dal ricorrente, l'Istituto diocesano per il sostentamento del clero si inserisce tra gli enti ecclesiastici, civilmente riconosciuti, che, come previsto dalla L. n. 222 del 1985, art. 15 possono svolgere, oltre alle attività di religione o di culto descritte dal successivo art. 16, lett. a), ovvero "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", anche quelle diverse di cui all'art. 16, lett. b), ovvero "quelle di assistenza e beneficenza, istruzione, educazione e cultura e, in ogni caso, le attività commerciali o a scopo di lucro".

L'individuazione delle due categorie di attività, ai fini della relativa disciplina nell'ordinamento civile, ed in particolare per quanto riguarda l'aspetto tributario, deve peraltro tener conto anche di quanto previsto dall'art. 7, n. 3, dell'accordo del 18 febbraio 1984 tra la Santa Sede e la Repubblica italiana, cui ha dato ratifica ed esecuzione, con protocollo addizionale, la L. 25 marzo 1985, n. 121.

Infatti, con riferimento alle attività di religione o di culto, il comma 1 di tale disposizione pattizia dispone che: "Agli effetti tributari gli enti ecclesiastici 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.".

Riguardo invece alle ulteriori attività, il comma 2 dell'art. 7, n. 3, dell'accordo 18 febbraio 1984, espressamente richiamato dalla L. n. 222 del 1985, art. 15 stabilisce che: " Le attività diverse da quelle di religione o di culto, svolte dagli enti ecclesiastici, sono soggette, nel rispetto della struttura e della finalità di tali enti, alle leggi dello Stato concernenti tali attività e al regime tributario previsto per le medesime.".

1.3. Tanto premesso in ordine alla natura ed alle funzioni dell'Istituto ricorrente, deve rilevarsi che, in materia di rivalutazione di beni immobili, il D.L. n. 185 del 2008, art. 15, comma 16, convertito dalla L. n. 2 del 2009, dispone che: "I soggetti indicati nel testo unico delle imposte sui redditi, approvato con D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, art. 73, comma 1, lett. a) e b), nonché le società in nome collettivo, in accomandita semplice ed equiparate, che non adottano i principi contabili internazionali nella redazione del bilancio, possono, anche in deroga all'art. 2426 c.c. e ad ogni altra disposizione di legge vigente in materia, rivalutare i beni immobili, ad esclusione delle aree fabbricabili e degli immobili alla cui produzione o al cui scambio è diretta l'attività di impresa, risultanti dal bilancio in corso al 31 dicembre 2007.».

Il successivo comma 19 prevede poi che il saldo attivo della rivalutazione può essere affrancato con l'applicazione di un' imposta sostitutiva dell'imposta sul reddito delle persone fisiche, dell'imposta sul reddito delle società, dell'imposta regionale sulle attività produttive e di eventuali addizionali nella misura del 10 per cento da versare con le modalità indicate al comma 23; mentre il comma 20 stabilisce che il maggior valore attribuito ai beni in sede di rivalutazione può essere riconosciuto ai fini delle imposte sui redditi e dell'imposta regionale sulle attività produttive a decorrere dal quinto esercizio successivo a quello con riferimento al quale la rivalutazione è stata eseguita, con il versamento di un'imposta sostitutiva dell'imposta sul reddito delle persone fisiche, dell'imposta sul reddito delle società, dell'imposta regionale sulle attività produttive e di eventuali addizionali con la misura del 3 per cento per gli immobili ammortizzabili e dell'1,5 per cento relativamente agli immobili non ammortizzabili, da computare in diminuzione del saldo attivo della rivalutazione.

I soggetti indicati nell'art. 73 TUIR, comma 1, lettere a) e b), richiamati dalla disposizione appena citata, coincidono con:

a) le società per azioni e in accomandita per azioni, le società a responsabilità limitata, le società cooperative e le società di mutua assicurazione, non-

ché le società Europee di cui al regolamento (CE) n. 2157/2001 e le società cooperative Europee di cui al regolamento (CE) n. 1435/2003 residenti nel territorio dello Stato;

b) gli enti pubblici e privati diversi dalle società, nonché i trust, residenti nel territorio dello Stato, che hanno per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali.

Ovvia l'estraneità dell'Istituto ricorrente rispetto ai soggetti di cui alla lettera a), lo stesso deve dirsi rispetto a quelli di cui alla lettera b), ed in particolare con riferimento agli enti, diversi dalle società, che hanno per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali.

Infatti, come risulta dalla premessa ricostruzione normativa della natura del ricorrente, e come del resto dedotto espressamente nello stesso ricorso, l'Istituto diocesano per il sostentamento del clero è un ente ecclesiastico civilmente riconosciuto, che, accanto allo svolgimento di compiti di religione o di culto (o, quanto meno, «di attività dirette a tali scopi», come declina l'art. 7, comma 1, n. 3, dell'accordo del 18 febbraio 1984), annovera attività diverse, che possono comprendere anche quelle commerciali, che tuttavia non sono esclusive, nè prevalenti.

Pertanto, non appare errata la sentenza impugnata nella parte in cui ha escluso l'applicabilità del D.L. n. 185 del 2008, art. 15, comma 16, convertito dalla L. n. 2 del 2009, in considerazione dell'estraneità dell'appellante Istituto rispetto ai soggetti legittimati alla rivalutazione da tale disposizione.

1.4. Tuttavia, il D.L. n. 185 del 2008, art. 15, comma 23, convertito dalla L. n. 2 del 2009, dispone che per l'attuazione della rivalutazione si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni della L. 21 novembre 2000, n. 342, artt. 11, 13 e 15 quelle del D.M. 13 aprile 2001, n. 162 (attuativo della L. n. 342 del 2000), nonché quelle previste dal decreto ministeriale 19 aprile 2002, n. 86 (emanato in attuazione della disciplina di rivalutazione prevista dalla L. 28 dicembre 2001, n. 448, art. 3, commi 1, 2 e 3) Il richiamato L. n. 342 del 2000, art. 15, comma 1, intitolato «Ulteriori soggetti ammessi alle rivalutazioni», stabilisce che:

«1. Le disposizioni degli articoli da 10 a 14 si applicano, per i beni relativi alle attività commerciali esercitate, anche alle imprese individuali, alle società in nome collettivo, in accomandita semplice ed equiparate e agli enti pubblici e privati di cui al testo unico delle imposte sui redditi, approvato con D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, art. 87, comma 1, lett. c), e successive modificazioni, nonché alle società ed enti di cui, comma 1, lett. d) e alle persone fisiche non residenti che esercitano attività commerciali nel territorio dello Stato mediante stabili organizzazioni.».

Per effetto del rinvio alla L. n. 342 del 2000, art. 15, la rivalutazione deve

pertanto ritenersi estesa anche ai soggetti di cui all'art. 87 TUIR (ora art. 73), comma 1, lett. c) e d), ovvero, rispettivamente, gli enti pubblici e privati diversi dalle società, nonché i trust, residenti nel territorio dello Stato, che non hanno per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali; e le società e gli enti di ogni tipo, compresi i trust, con o senza personalità giuridica, non residenti nel territorio dello Stato.

Dunque, in forza della norma appena richiamata, rientrano tra i soggetti beneficiari della rivalutazione in questione anche gli enti non commerciali, ovvero quelli che non hanno per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali, categoria dalla quale, per tutto quanto sinora argomentato, non può astrattamente ed apoditticamente sottrarsi, come ha invece ritenuto il giudice a quo, l'Istituto ricorrente, quanto meno nei limiti in cui esso effettivamente svolga anche attività di natura commerciale (quindi diverse da quelle a di religione o di culto, necessariamente proprie dell'ente ecclesiastico). Pertanto il giudice a quo ha errato nell'escludere, a priori e senza alcuna valutazione in concreto delle attività «diverse» che risultino effettivamente svolte dall'ente, il ricorrente dai soggetti ammessi a beneficiare della rivalutazione in questione.

Tuttavia, occorre anche precisare che, per gli enti non commerciali, la L. n. 342 del 2000, art. 15, comma 1, limita, dal punto di vista oggettivo, il ricorso alla rivalutazione ai soli «beni relativi alle attività commerciali esercitate».

Pertanto, l'accertamento del giudice a quo avrebbe dovuto necessariamente estendersi, in concreto, anche all'oggettiva relazione tra il bene oggetto della rivalutazione e le attività commerciali che risultino effettivamente svolte dall'ente ricorrente, questione che peraltro già apparteneva al contraddittorio tra le parti, come risulta dalla stessa sentenza impugnata.

Per effetto dell'accoglimento del primo motivo, la sentenza impugnata va quindi cassata, con rinvio della causa al giudice a quo affinché, effettuati i necessari accertamenti in fatto, provveda a nuova decisione, in base ai principi già illustrati.

2.Con il secondo motivo, il ricorrente denuncia la violazione del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 602, art. 38, comma 2, e la falsa applicazione del paragrafo 2.2 della circolare 6 novembre 2002, n. 81, dell'Agenzia delle Entrate, in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, oltre al «difetto assoluto di motivazione» circa un fatto decisivo per il giudizio, con riferimento all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5.

Sostiene il ricorrente che avrebbe errato il giudice a quo nel condividere, senza peraltro motivare le ragioni, l'appellata decisione della CTP, secondo la quale il contribuente avrebbe dovuto «portare a credito la ritenuta subita all'atto dell'erogazione dell'indennità», invece di proporre la domanda di rim-

borso de qua.

2.1. Il motivo è inammissibile, con riferimento a tutti i vizi e le censure che in esso il ricorrente ha formulato contestualmente.

Infatti, immediatamente dopo (e nonostante) la previa ed espressa dichiarazione di assorbimento della questione delle modalità di proposizione della domanda di rimborso, il giudice a quo, nella motivazione della sentenza impugnata, ha, definito «condivisibile» l'»indicazione (... effettuata dalla sentenza di primo grado» sul punto, secondo la quale il contribuente avrebbe necessariamente dovuto riportare il relativo importo a credito nella successiva dichiarazione.

In fattispecie analoga, nella quale il giudice dell'appello aveva ritenuto assorbita una questione, pur reputandola incidentalmente fondata, questa Corte ha già avuto modo di precisare che è inammissibile, in sede di giudizio di legittimità, il motivo di ricorso che censuri un'argomentazione della sentenza impugnata svolta *ad abundantiam*, e pertanto non costituente una *ratio decidendi* della medesima (Cass. 10/04/2018, n. 8755).

P.Q.M.

Accoglie il primo motivo, nei limiti di cui in motivazione;

dichiara inammissibile il secondo motivo;

cassa la sentenza impugnata in relazione al motivo accolto e rinvia alla Commissione tributaria regionale della Campania, in diversa composizione, cui demanda di provvedere anche sulle spese del giudizio di legittimità.

Parte III

Il fenomeno religioso nelle dispense di diritto costituzionale di Arturo Carlo Jemolo e nella recente manualistica

Giovanni B. Varnier

Prima e dopo il breve e tormentato biennio (dal 1925 al 1927) di insegnamento nell'Università Cattolica del S. Cuore, Arturo Carlo Jemolo, dal 1923 al 1933 (con l'eccezione del 1925 allorché passò alla cattedra di diritto amministrativo), ricoprì la cattedra di diritto ecclesiastico nell'Ateneo di Bologna.

Quegli anni, che precedettero la chiamata alla Sapienza romana per succedere a Francesco Scaduto, sono ricordati come intensi per la produzione scientifica e come "un periodo decisivo per lo sviluppo della sua forte personalità di studioso, docente e intellettuale" (Francesco Margiotta Broglio, *Jemolo, Arturo Carlo*, in *Dizionario biografico dei Giuristi italiani (XII-XX secolo),* a cura di Italo Birocchi – Ennio Cortese – Antonello Mattone – Marco Nicola Miletti, volume I, Bologna, Società il Mulino, 2013, p.1123).

Di quella stagione di lavoro ci resta anche un volume di *Lezioni di Diritto costituzionale,* svolte nella R. Università di Bologna e pubblicate a cura dello studente Giuseppe Rabaglietti da "La Grafolito", Editrice Universitaria Bologna. Sono 288 pagine litografate, che stanno ad indicare che Jemolo insegnò anche diritto costituzionale, forse proprio nell'anno in cui ebbe la cattedra di diritto amministrativo.

Con ricerche nell'archivio dell'Università bolognese si potrà certamente essere più precisi, ma il significato di questo richiamo non è tanto quello di aggiungere una tessera al già ricco mosaico della vita di un grande studioso, quanto piuttosto di richiamare l'attenzione sul contenuto (o meglio sul mancato contenuto) di quel corso di lezioni. Si tratta di un lavoro che sembra sia sfuggito alla estesa bibliografia raccolta a seguito delle ricerche, compiute scandagliando il notevole lascito delle carte personali depositate dalla famiglia presso l'Archivio di Stato di Roma (cfr., Fabio Vecchi, *Libri e monografie*, in *Arturo Carlo Jemolo: vita ed opere di un italiano illustre. Un professore dell'Università di Roma,* a cura di Giorgia Cassandro-Alessia Leoni- Fabio Vecchi, Napoli, Jovene Editore, 2007, pp.53-58).

Le circostanze hanno fatto sì che quel testo di lezioni – che certamente me-

rita la nostra attenzione – non sia stato preso in esame. Sicuramente la lettura riserverà la possibilità di apprezzare un ulteriore elemento della poliedricità espositiva e dell'ampiezza della cultura giuridica di uno studioso formatosi in un'epoca non toccata né dall'eccesso di specializzazione e neppure di confusione del sapere che caratterizza in senso negativo la scienza contemporanea. Come sappiamo Arturo Carlo Jemolo, oltre ad essere un giurista capace di muoversi agevolmente in tutti i rami del diritto, fu storico delle relazioni fra Stato e Chiesa e del pensiero religioso, avvocato, saggista, autore di note di costume che ancora oggi, in una società multireligiosa che abbiamo imparato a conoscere, inducono alla riflessione.

Il secondo motivo per cui quelle lezioni di diritto costituzionale meritano attenzione sta nel fatto che non affrontano il tema della libertà religiosa e delle relazioni dello Stato con la Chiesa. Infatti Jemolo – pur riconoscendo nelle *Lezioni* l'importanza del sentimento religioso nel perseguimento delle finalità dello Stato – ritiene che queste tematiche debbano essere considerate dall'ecclesiasticista e non dal costituzionalista.

In tal modo nelle lezioni di diritto costituzionale egli si limita a considerare, senza approfondire, il fatto che lo Stato "crea un'apposita legislazione, appositi organi amministrativi, si addossa spese non irrilevanti per ottener il soddisfacimento del bisogno di culto dei fedeli, attraverso il regolare funzionamento degli organi della Chiesa. Ma questo bisogno di culto di cui lo Stato si preoccupa, che vuole appagato, non è in grado di soddisfarlo esso stesso" (*Lezioni di Diritto costituzionale*, cit., pp.26-27). Siamo infatti in un contesto separatista e lo Stato "deve limitarsi a creare condizioni favorevoli" per lo svolgimento di tali attività (Id., p.27).

Ho richiamato questo antefatto, che vede la distinzione quanto meno a fini didattici del diritto ecclesiastico da quello costituzionale, in relazione alla lettura del pregevole volume che Gabriele Fattori ha recentemente pubblicato, per i tipi dell'editore Giappichelli di Torino. Si tratta di un dettagliato repertorio di come il fenomeno religioso viene approfondito nella manualistica italiana di diritto costituzionale e di diritto pubblico. Obbiettivo dell'indagine "non è ricostruire l'integrazione e l'interpretazione della Costituzione repubblicana e del diritto costituzionale repubblicano nello sviluppo del diritto ecclesiastico, ma la rilevazione e l'analisi di risultati dell'approccio della dottrina costituzionalistica al fenomeno religioso" (p.1).

L'oggetto è invece la messa a fuoco del diritto costituzionale della religione, inteso come "l'insieme dei principi, delle norme costituzionali e della giurisprudenza costituzionale della religione" (p.1), specificando meglio che a "questo insieme appartengono anzitutto principi, norme e applicazioni giurisprudenziali che riguardano direttamente le espressioni istituzionali, collettive

e individuali della libertà religiosa. Possono poi considerarsi parte integrante del diritto costituzionale della religione anche principi, norme e applicazioni sostanziali per la disciplina del fenomeno religioso o in materie eticamente sensibili contigue al religioso" (Id.).

La ricerca è condotta prendendo in esame la manualistica di ben 41 testi di diversi studiosi e si propone di verificare come in tali manuali viene presentato il fenomeno religioso. Un percorso, quello condotto dal Fattori, che trova il suo nucleo nella parte documentale del repertorio analitico e nelle schede tematico-comparative della manualistica di diritto costituzionale e pubblico (pp.157-518).

Si giunge quindi a ricavare che alla "costruzione e agli sviluppi del diritto costituzionale della religione hanno contribuito significativamente non soltanto costituzionalisti ed ecclesiasticisti, ma anche studiosi di discipline non giuridiche. Si pensi, ad esempio agli apporti dei penalisti all'evoluzione della tutela penale del sentimento religioso; dei privatisi all'evoluzione del sistema matrimoniale concordatario anche attraverso il coinvolgimento diretto di ecclesiasticisti in opere di diritto privato; degli studiosi del diritto internazionale e unionale alla grande questione del rapporto tra ordinamento sovranazionale e costituzioni nazionali e dell'efficacia delle c.d. "Carte internazionali dei diritti" nel diritto interno; degli amministrativisti al tema degli enti ecclesiastici; dei filosofi del diritto al tema della laicità e dei diritti umani; degli storici e dei politologi al problema della qualificazione delle forme di Stato dal punto di vista dei rapporti Stato/Chiese o dei sociologi alla definizione di cosa è *religione* e cosa *confessione religiosa*" (pp. 3-5).

Per comprendere "l'attenzione e la sensibilità" che ha determinato l'incontro dei costituzionalisti con gli ecclesiasticisti nel dialogo relativo al fenomeno religioso, e alle sue "ricadute politiche e implicazioni giuridiche" (p.5), è necessario prima "conoscere tempi e spazi" (p.6) di tale incontro. Esso avviene in modo progressivo inizialmente in alcune fasi: quella pre-costituzionale e poi in quella della transizione costituzionale; a cui farà seguito la fase neoconcordataria.

Anche in quest'ultimo momento, che è quello a noi più vicino, trova conferma il fatto che "tra rinnovamento e tradizione" (p.45), diritto costituzionale e diritto ecclesiastico continuano a parlarsi, ed è l'esame del fenomeno religioso nella manualistica di diritto costituzionale, che conferma l'incontro.

In questo contesto interpretativo la lettura dell'oggetto centrale dell'indagine è condotta con grande finezza e risultano individuati una serie di temi di intersezione tra diritto costituzionale e diritto ecclesiastico (pluralità degli ordinamenti giuridici civili e religiosi; forme di Stato e di Governo; principi di laicità; l'islam e il suo diritto; storia costituzionale dei rapporti Stato/

Chiese; principio pluralista, di uguaglianza, di non discriminazione e di uguale libertà delle religioni; fonti; principio di separazione e libertà istituzionale delle Chiese; libertà religiosa individuale e collettiva; libertà di coscienza e ateismo; unicità della giurisdizione italiana e giurisdizioni non statali; matrimonio, famiglia, biodiritto).

In conclusione è necessario ricordare anche la ricchezza e la cura con cui è stato condotto l'apparato delle note, che rappresenta un'ulteriore indicazione di come Gabriele Fattori dia prova di possedere salde basi e una non comune cultura giuridica di diritto positivo. Il tutto partendo dalla visione odierna della manualistica di diritto costituzionale e di diritto pubblico, che risulta opposta a quella presentata da Arturo Carlo Jemolo nelle sue *Lezioni di Diritto costituzionale*.

Pier Virginio Aimone Braida, «*Le finanze del Papa*», Quaderni di Ius Missionale, 8, Urbaniana University Press, CdV, 2016, pp. 1-287.

Lo studio di Pier Virginio Aimone Braida con rigore scientifico sviluppa in cinque capitoli l'organizzazione e le dinamiche di funzionamento operativo dell'attività finanziaria della Chiesa centrale Santa Sede-Stato Città del Vaticano[1] lasciando in ombra, salvo il minuscolo capitolo dedicato alla Diocesi di Roma, la dimensione economica della Chiesa particolare (p. 25)[2].

L'A. ammette senza giri di parole le difficoltà in cui si è imbattuto nel percorso di indagine: il faticoso reperimento e confronto tra dati instabili e spesso lacunosi, se non inesistenti (p. 169) sembra essere, infatti, una costante trasversale a tutti i livelli dell'organizzazione gerarchico-istituzionale della Chiesa, presente al vertice (Santa Sede e SCV nonché gli enti ad essa collegati) come alla base parrocchiale «cosicché uno studio di carattere scientifico della situazione economica della Chiesa locale è molto difficile e poco affidabile» (pp. 255 e 260-261). Su tali presupposti egli propone al lettore un'impostazione basata su due momenti temporali (uno precedente, fino al 1992[3], e uno successivo, tra il 1992 e il 2015) che modellano la ricostruzione in base ai dati disponibili e alle fonti ufficiali.

Constatata la necessità di un'effettiva trasparenza di gestione (pp. 11 ss.), il libro sgretola, al netto di ogni sensazionalismo, approcci metodologici faziosi, ascientifici, o di puro effetto giornalistico, per restituire all'organizzazione amministrativa finanziaria centrale della Chiesa e alle sue articolate fonti di reddito, la reale consistenza, pur tra luci ed ombre, oggettivamente.

Il primo capitolo (pp. 23-85) indaga sui soggetti finanziari della Santa Sede e ne riconduce al Trattato Lateranense l'attuale *status* di indipendenza. L'indagine sulla struttura finanziaria centrale prende avvio dall'APSA (Amministrazione del Patrimonio della Santa Sede), oggi sostituito dal nuovo ente della Segreteria per l'Economia (SpE) e ne analizza funzioni, competenze, e composizione organizzativa delle Sezioni Ordinaria e Straordinaria (pp. 29 ss. e 35 ss.), quest'ultima da considerare alla stregua di un vero e proprio ente bancario centrale, a servizio della Santa Sede (p. 37). Segue una succinta descrizione degli altri organismi finanziari centrali: Congregazione per l'Evangelizzazione dei Popoli o *de Propaganda Fide* (CEP), Camera Apostolica, altri enti finanziariamente autonomi, benché dipendenti dalla Santa Sede (le quattro basiliche romane papali; i santuari mariani; le altre basiliche extraurbane; la Pontificia Commissione di Archeologia Sacra e la Pontificia Accademia Romana di Archeologia, nonché il Pontificio Istituto di Archeologia Cristiana ed altri enti minori, tra cui 48 fondazioni) ed ancora, la Fabbrica di San Pietro nonché i soggetti componenti l'articolato settore massmediatico (Osservatore Romano, LEV, Tipografia Poliglotta Vaticana, Radio Vaticana, il Centro Televisivo Vaticano).

Di tutti questi organismi l'A. descrive la

---

[1] Molteplici riflessioni sulla tematica dei beni temporali della Chiesa sono espresse in Carlos J.M. Errázuriz, *Corso fondamentale sul diritto nella Chiesa*, Voll. II, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 463 ss.

[2] Giuseppe Dalla Torre, *L'ordinamento costituzionale vaticano nel suo sviluppo storico*), in Federico Cammeo, *Ordinamento giuridico dello Stato Città del Vaticano*, (Rist. anast. 1932), LEV CdV, 2005, pp. 483-517.

[3] La preziosa fonte di riferimento che fa da parziale supporto a questa ricerca è offerta dagli studi di Hartmuth Benz, *Finanzen und finanzpolitik des Heiligen Stuhl: römische Kurie und Vatikanstaat seit Papst Paul VI*, F. Steiner, Stuttgart, 1993.

condizione di dipendenza o di autonomia finanziaria dalla Santa Sede e la riconducibilità al bilancio consolidato della stessa, indicando quali di essi manifestino una capacità di tenuta al carico dei costi di gestione. L'attenzione è orientata verso l'azione riformista della Curia romana. La ricostruzione prende avvio dalle indicazioni raccolte nella Cost. Apost. *Regimini Ecclesiae Universae* di Paolo VI (1967) di cui la costituzione della Prefettura per gli Affari Economici (PAE) rappresenta «la novità più evidente in ambito finanziario» (p. 50).

I successivi interventi riformisti hanno confermato i pronostici di Aimone Braida sul venir meno della centralità dell'importante dicastero. Egli richiama poi i provvedimenti di Giovanni Paolo II (Chirografo del 1981 e Cost. Apost. *Pastor Bonus*, del 1988) che istituiscono e disciplinano il Consiglio dei Cardinali per lo studio dei problemi organizzativi ed economici della Santa Sede (CdC) e svolge interessanti riflessioni sul contributo di questo al suggerimento di nuove vie tecniche e di corresponsabilità, sulla base dell'esperienza amministrativa maturata a livello diocesano, per attuare modelli economici di ripianamento dei bilanci e di perequazione finanziaria (p. 55).

Le riforme che hanno riguardato anche gli aspetti «sindacali» e il trattamento di quiescenza del personale si sono tradotte in un nuovo Statuto del Fondo Pensioni Vaticano (2015) di cui l'A. sottolinea la complessità ma anche l'allineamento agli *standard* civilistici, principale dei quali è l'adozione del criterio contributivo dell'assegno pensionistico (p. 64). Aimone Braida rimarca anche la sottovalutazione della Curia in ordine agli oneri conseguenti alla stipula tra Unione Europea e SCV della Convenzione Monetaria del 17 dicembre 2009, il cui allegato è la base di partenza di ogni successiva azione di riforma (pp. 17-18): da essa, infatti, sono dipesi i criteri del primo allineamento delle finanze vaticane alle regole di trasparenza internazionalmente condivise e che hanno condotto all'istituzione dell'Autorità di Informazione Finanziaria (AIF) e alle sue ulteriori precisazioni per legge vaticana (l. CLXVI del 24 aprile 2012 e l. CLXXXV del 14 dicembre 2012), intese a consolidarne l'autonomia di gestione e l'indipendenza pattizia.

L'azione riformista ha contemplato l'istituzione di un Comitato di Sicurezza Finanziaria (pp. 71 ss.) il cui scopo era rafforzare la funzione di vigilanza prudenziale dell'AIF.

Il primo capitolo si chiude con la descrizione dei tre organismi istituiti da papa Francesco (Consiglio per l'Economia CpE; Segreteria per l'Economia SpE; Revisore Generale RG) con il motu proprio *Fidelis dispensator et prudens*, del 2014 (pp. 78-85)4.

Nel secondo capitolo, che assume una collocazione centrale nell'architettura del libro, Aimone Braida prende in esame le strutture istituzionali finanziarie apostoliche tracciando un quadro ricostruttivo dell'attività da queste svolte nell'arco di un cinquantennio. Vengono così elencate le ragioni che, tra il 1930 ed il 1980 comporteranno un raddoppio dei costi di gestione ed il conseguente disavanzo dei bilanci vaticani che, per 23 anni (dal 1970 al 1992), obbligherà a coperture forzose attingendo da ogni cespite o riserva patrimoniale disponibile.

Da queste riflessioni il lettore può cogliere l'emersione progressiva di una vera e propria «presa di coscienza» da parte delle autorità vaticane, e degli stessi Pontefici Romani, circa l'ineludibile necessità di una nuova ecclesiologia economica (la cui radice risiede nell'*affectio collegialis* che lega ogni Vesco-

[4] Elisabetta Bani, *La disciplina vaticana sulla vigilanza e sulla regolamentazione prudenziale degli enti che svolgono professionalmente un'attività di natura finanziaria*, in QDPE, 2 agosto, 2014.

vo diocesano al Successore di Pietro[5]), intesa alla compartecipazione economica delle Chiese locali all'equilibrio dei conti pubblici apostolici: di tali trasformazioni è conferma palese la nuovissima prassi, inaugurata nel 1996, della presentazione pubblica del bilancio consolidato della Santa Sede, sebbene persistano resistenze alla ufficializzazione dei dati statistici (p. 104) sugli enti, ad una gestione pienamente trasparente: «la Santa Sede è assai riservata in ordine alla pubblicazione dettagliata delle proprie entrate, un poco più trasparente in ordine alle spese» (p. 97).

La novità della pubblicazione annuale per comunicato del CdC delle attività economico finanziarie di Santa Sede e SCV, oltre all'intento di rassicurare sull'adeguamento agli *standard* internazionali, ha anche uno scopo di sollecitazione contributiva diretta ai Vescovi diocesani e «sembra delineare per il futuro un mutamento radicale nella impostazione del bilancio consolidato dei due enti» (p. 101). Per questi motivi l'A. si sofferma, esprimendo un positivo giudizio (p. 105), sulle tecniche e metodiche di redazione del bilancio consolidato, che appare strategico alla soluzione del problema del *deficit* finanziario. Segue una rappresentazione dei ricavi «occasionali» e dei costi registrati dalla comparazione tra le attività istituzionali (ossia dell'organizzazione degli Uffici e Dicasteri di Curia, ecc.) (pp. 107-113).

Con chiarezza viene messo a fuoco il ruolo giocato dai vari fattori componenti la «massa oblativa» (can. 1271 CIC; Obolo di San Pietro; contributi versati da associazioni, Fondazioni, Istituti religiosi e singoli fedeli benefattori) al sostegno del bilancio vaticano[6]. Analizzando le voci di spesa della Santa Sede, Aimone Braida distingue per porzioni temporali (1929-1963; 1963-1992; 1992-2015) il costante ed inarrestabile aumento dei costi del personale e ne evidenzia limiti (ad es. la necessità di creare un Fondo Pensioni) e correzioni di sistema: «Nel 2014 detto costo rimane la spesa più significativa inclusa nel bilancio della Santa Sede relativo a 2.280 dipendenti distribuiti tra i 64 enti inclusi nel perimetro di consolidamento» (p. 136). L'ingente volume di uscite economiche verrà tamponato attingendo alle masse oblative derivate indistintamente dalle offerte dei Vescovi e dei fedeli (p. 134).

L'osservanza dell'opzione del 1929 di rispettare il principio dell'indipendenza finanziaria e, quindi, di vivere del proprio capitale e non delle offerte (destinate ai fini caritatevoli) ha comportato, osserva l'A., «una certa commistione con il sistema capitalistico» (p. 137): sotto questa chiave di lettura vengono ricostruiti gli avvenimenti di politica finanziaria vaticana, sino al contenzioso con lo Stato italiano relativo alla questione della cedolare secca, del 1963.

Le prime crepe alla base solida del principio del '29, tuttavia, si manifestano con il pontificato di Giovanni Paolo II: la politica di disinvestimenti azionari in società italiane, salvo il settore bancario-assicurativo, e l'ingresso nel CIC 1983 di una norma innovativa, il can. 1271, ne sono la prova. Tuttavia, osserva l'A., la politica di investimenti «più rigorosa e meno speculativa della precedente», unita a fattori congiunturali avversi (ribassi borsistici, fiammate inflazionistiche, instabilità del dollaro USA) hanno contribuito a peggiorare il *deficit* dei bilanci della Sede Apostolica (p. 157).

La fluttuazione dei bilanci consolidati va-

[5] Aa.Vv., *La Riforma e le riforme nella Chiesa* (a cura di A. Spadaro e C.M. Galli), Queriniana, Brescia, 2016.

[6] Sull'importanza degli Istituti religiosi ai fini del contributo di corresponsabilità finanziaria a favore della Chiesa universale, Velasio De Paolis, *La rilevanza dell'economia nella vita religiosa*, in *Angelicum*, 85 (2008), pp. 239 ss.

ticani è una costante degli anni 1990-2015 ed il settore immobiliare costituisce l'unica garanzia di stabilità di reddito per la Santa Sede (p. 163). Opportunamente, Aimone Braida circoscrive in termini economici e giuridici l'espressione, più spesso attratta in interpretazioni velleitarie e fuorvianti, di «patrimonio immobiliare della Santa Sede» e ne riepiloga la titolarità, il regime tributario e le esenzioni applicabili.

È tuttavia incontestabile che, anche in tal caso, riaffiori un non trascurabile problema di debolezza delle fonti e dei dati disponibili: «Come per l'entità del patrimonio e delle rendite mobiliari, anche per il settore immobiliare si contrappongono cifre congetturali e dati ufficiosi e talora anche ufficiali» (p. 169). Sta di fatto che, tra il 1963 e il 2014, causa gli insostenibili costi di manutenzione e restauro, la Santa Sede si è orientata verso una politica di locazioni e dismissioni del patrimonio immobiliare.

Più delicato il settore mediatico, in cronico e strutturale disavanzo anche perché non asservito a meccanismi pubblicitari, di sicuro introito, ma a logiche assai meno remunerative di servizio istituzionale (p. 180).

Tra i molteplici spunti di interesse messi in luce dal volume, è l'analisi dei contributi della Chiesa locale a favore della Sede Apostolica: questione affrontata trattando contestualmente del can. 1271 e dell'OSP (pp. 181 ss.) e dell'altalenante attrazione di quest'ultimo reddito al bilancio consolidato apostolico. Ma a sintomi di sofferenza di gestione si affiancano modelli di esemplare eccellenza: è il caso offerto della Congregazione per l'Evangelizzazione dei Popoli, per il bilancio «molto più trasparente di quello degli altri organismi» (p. 195), e specialmente, delle Pontificie Opere Missionarie.

Nel terzo capitolo viene esaminata la struttura e l'attività economico-finanziaria dello SCV nel lasso temporale 1963-1990. Base concettuale, sottolinea Aimone Braida, è la natura di «Stato di funzione» che lo SCV esprime nei confronti della Santa Sede (p. 202): tale strumentalità si riflette nella natura medesima del Governatorato e nella sua attitudine a coprire con i propri utili i *deficit* di bilancio della Santa Sede. Segue una puntuale disamina delle voci di bilancio tra ricavi e costi.

Ad una prima conclusione, l'A. rinvia alla più volte evidenziata necessità dell'abbandono del principio di autosostentamento dichiarato nel 1929: evenienza cui ha corrisposto la politica vaticana di sollecitazione contributiva «periferica» (da parte delle Chiese locali e degli Istituti religiosi)[7]; di fronte alle successive misure di razionalizzazione finanziaria resta l'incoerenza che «non sia stato possibile ridurre una serie di impieghi ed uffici pletorici» (p. 224).

Il breve capitolo quarto dedicato allo IOR, che l'A., forse con eccessivo rigore presenta come «la parte meno fondata scientificamente» (p. 9), fornisce precise informazioni storiche e giuridiche sulla natura atipica della fondazione e della sua attività «comparabile a quella di un ente finanziario» (p. 232) e procede nell'esame delle riforme succedutesi dal pontificato wojtyliano (1990) sino a papa Francesco (2013)[8], avvertendosi che per la trasparenza nella gestione e per un allineamento effettivo agli *standard* internazionali «ulteriori miglioramenti sono ancora necessari» (p. 236)[9]. Questo fine sembra essere stato

---

[7] Diego Zalbidea, «*Corresponsabilidad en el sostenimento de la Iglesia*», in *DGDC*, II, pp. 785 ss.

[8] Jesús Miñambres, *Il Romano Pontefice garante ultimo della destinazione dei beni ecclesiastici*, in (a cura di J.J. Conn – L. Sabbarese), Aa.Vv., *Iustitia in caritate (Miscellanea di studi in onore di Velasio de Paolis)*, UUP, CdV, 2005, pp. 431 ss.

[9] Aa.Vv., *La trasparenza nella gestione dei beni ecclesiastici: dalla governance alla accountability: la sfida della rendicontazione*

raggiunto con i recenti provvedimenti adottati da papa Francesco per l'allineamento alle *best practices* (p. 251)[10].

Il capitolo quinto, sulla diocesi di Roma, preso in considerazione per la specifica autonomia finanziaria accomunata con lo IOR, si esaurisce in un sintetico enunciato sulla speciale configurazione della curia diocesana e del Vicariato che ne è a capo (p. 254).

Con il lucido rigore di metodo che accompagna e svolge interamente «*Le finanze del Papa*» Aimone Braida avverte che si tratta di un'analisi incompleta perché «se soddisfacente sotto il profilo istituzionale (...) (non lo è) quanto alla parte relativa al patrimonio, alle attività e ai bilanci» (p. 258).

Nel trarre le fila della ricostruzione, in prospettiva di una concreta riforma finanziaria, tuttavia, egli sembra posticipare e rimettere ogni aspettativa ad ulteriori coraggiose future svolte in grado di migliorare il modello centralista e verticistico. I risultati ottenuti da papa Francesco hanno prodotto «due Segreterie papali» (la Segreteria di Stato[11] e la SpE), ma l'affermazione di una compiuta trasparenza di gestione ha ancora una lunga strada di gestazione[12].

Il volume è corredato in appendice da un utilissimo quanto sintetico apparato che oltre a rinviare alle principali fonti di natura normativa e dottrinale, nonché ai provvedimenti emanati da papa Francesco e agli organigrammi curiali, raccoglie i bilanci consolidati della Santa Sede (1995-2014) ed un elenco degli enti ricadenti nel perimetro del Bilancio consolidato integrato (al 2012), offrendo così allo studioso uno strumento quanto mai prezioso per ogni ulteriore approfondimento scientifico sulle finanze vaticane.

Fabio Vecchi

---

tra pastoralità e contabilità (a cura di A. Aste), Marcianum Press, Venezia, 2019.

[10] In prospettiva comparata, cfr. Daniel Conway, *Advancing the mission of the Church. Best practices in stewardship and development for catholic organizations*, Indianapolis, 2009. Una vigorosa esortazione al mondo finanziario, nel segno del recupero del primato dell'uomo sulle logiche del profitto, è stata recentemente lanciata da papa Francesco con il documento *Oeconomicae et Pecuniariae Quaestiones*. Cfr. Fabio Vecchi, *Oeconomicae et Pecuniariae Quaestiones: vademecum di suggerimenti al legislatore temporale per un ritrovato disciplinamento etico dei mercati finanziari*, in Diritto e Religioni, 2018, n.26/2, L.Pellegrini, Cosenza (in corso di stampa).

[11] Celestino Migliore, «*Secretaría de Estado*», in *Diccionario General de Derecho Canónico* (diretto da J. Otaduy -A. Viana – J. Sedano), Istituto Martín de Azpilcueta – Facoltà di Diritto Canonico, Università di Navarra, Thomson Reuters/Aranzadi ed., Cizur Menor (Navarra), 2012, VII, pp. 176- 179.

[12] 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 – Intergovernamental Agreement, 10 giugno 2015) tra Santa Sede/Stato Città del Vaticano e Stati Uniti d'America,* in Diritto e Religioni, n.21/1 (2016), L. Pellegrini, Cosenza, pp. 206-300.

Ian T. Benson, Michael Quinlan e Keith Thompson, *Religious Freedom in Australia – A new Terra nullius*, Shepherd Street Press, Sydney, 2019, pp. 1-370.

1.- Il volume offre un interessante e attuale spaccato giuridico, sociologico e culturale sulla regolamentazione del diritto di libertà religiosa in Australia, consentendo una riflessione sulle principali problematiche concernenti la tutela di tale fondamentale diritto in questa parte dell'Oceania.

Il libro, formato da una raccolta di scritti di autori vari, è strutturalmente suddiviso in tre distinte sezioni ottimamente collegate tra di loro dalla comune matrice strutturale costituita dall'intenzione di fornire la "*big picture*" delle garanzie normative e politiche della "*religious liberty*" in Australia.

Dall'analisi complessiva dei diversi contributi contenuti nel volume emerge che oggi in Australia si registra una crescente spinta secolarizzatrice dovuta al fatto che il "*secularism, with its exclusionary strategies, is now more important to policy makers than the protection of religious liberty*" con la conseguenza che "*the existing status of freedom of religion in Australia is insufficiently protected*", al punto da potersi affermare "*the failure to protect religious freedom in Australia*".

Venendo a esaminare le diverse partizioni del libro, si nota che nella prima parte, intitolata "*Editorial Commentary on Religious Liberty in Australia*" si trovano alcuni degli studi presentati in un convegno dal titolo "*Variety of Diversity and the Law*" tenutosi a Sydney presso l'Università di Notre Dame nel febbraio 2018.

Tra i diversi temi affrontati, relativi alla tutela del fenomeno religioso vi è, ad esempio, quello della libertà religiosa considerata ormai come "*forgotten freedom*", a causa di una "*hardened form of secularism*" che "*is now developing in Australia*" che si concretizza in una forma di laicismo dilagante (alla francese) che tende "*to minimise cultural differences as a way of managing diversity*".

Di particolare interesse è anche il contributo che analizza la libertà religiosa nel "*new context*" sociale e culturale australiano, dove si profila una "*real threat*" di tale fondamentale diritto che è "*profoundly at risk in Australia*" a causa dei "*costant attempts mad to limit the scope and protection of the freedom*" che vengono fatti in questa "*open, secular and multicultural society*", auspicando che si giunga ad un corretto "*balancing of freedom of religion*" rispetto "*other fundamental rigths and freedoms*".

La seconda parte del volume che reca il titolo di "*General Framework Governing Religious Liberty in Australia*" è dedicata al tema della libertà religiosa in Australia in cui gli articoli sono imperniati sui diversi punti di vista circa la necessità che l'Australia si doti di un "*Act for Conscience and Religion Discrimination Protection*" di cui oggi si avverte da più parti l'esigenza, a causa della "*inadequacy of protection of freedom religion in Australia*" (come ricorda Michael Quinlan, un altro curatore del volume) e che si conclude proprio con un articolo dal suggestivo ed evocativo titolo che recita "*Does Australia need a religious freedom act?*". A questa domanda la risposta che si evince dall'analisi complessiva del volume sembra essere affermativa, specie in considerazione del carattere di stato federale dell'Australia, in quanto "*religious freedom should not remain protected via a patchwork of different laws across the nation. Rather the freedom ought to be securely guarded in a more uniform and less piecemeal manner*".

In questa seconda parte – oltre a fornirsi un interessante "*historical backgroung*" in materia di libertà religiosa – si segnala anche un interessante contributo di Lorraine Finlay che evidenzia le problematiche costituzionalistiche (*the constitutionals limitations and*

implications) che scaturirebbero dalla promulgazione di un "*religious freedom act*", la cui lettura risulta molto interessante per approfondire la conoscenza dello scarno ordito costituzionale australiano in materia di libertà religiosa. Invero, l'asse portante della tutela costituzionale della libertà religiosa è basato essenzialmente sulla c.d. "*anti-establishment clause*", contenuta nella *section* 116 della Costituzione federale australiana. In base ad essa, si stabilisce che "*The Commonwealth shall not make any law for establishing any religion, or for imposing any religious observance, or for prohibiting the free exercise of any religion, and no religious test shall be required as a qualification for any office or public trust under the Commonwealth*".

Si tratta di una norma scritta sul modello del primo emendamento della Costituzione americana che, come è noto, garantisce – quantomeno a livello federale – la terzietà della legge rispetto al culto della religione e il suo libero esercizio e inoltre, proibisce al Congresso degli Stati Uniti di "fare alcuna legge per il riconoscimento di qualsiasi religione" (*Congress shall make no law respecting an establishment of religion*).

Interessante risulta anche la peculiare interpretazione giudiziale che di questa clausola viene fornita dalla *High Court* australiana di cui sono riportate diverse significative decisioni. In particolare, sebbene la definizione del "*meaning of 'free exercise' in s 116 of the Australian Constitution*" non sia mai stato "*authoritatively definied in Australian jurisprudence*" vi sono, però, delle sentenze che suggeriscono che la "*legislation which intrudes into religious activity space is not absolutely forbidden*" in quanto la "*freedom of religion*" è "*a relative concept and had to be balanced against obbedience to law*".

La terza parte del volume intitolata "*Specific Topics in Religious Liberty*" è focalizzata su tutta una serie di argomenti specifici di assoluta attualità – in Australia come in Europa – relativi alla libertà di religione (*freedom of religion*) che spaziano su diverse aree applicative che includono, ad esempio, la "*religious diversity in political discourse*"; oppure le "*religious roots of the separation of church and state in Australia*"; o, ancora, il "*financial impact of religiosity*", ossia il tentativo di misurare "*the economic impact of religiosity in Australia*"; per arrivare all'analisi della tutela costituzionale della "*conscientious objection in the context of mandatory military service*" che viene considerato come "*a qualified right*".

Tra gli interessanti articoli contenuti in quest'ultima sezione del volume, si segnala quello scritto da Keith Thompson (uno dei curatori del volume) dal titolo "*Religious Freedom under the Austalian Constitution and Recommendations that Religious Confession Privilege be Abolished*". Il contributo si segnala perché affronta un argomento al momento molto dibattuto in Australia – specie in seguito alle note vicende sugli scandali relativi agli abusi sessuali commessi da esponenti del clero cattolico su minori – ossia l'abolizione del "*religious confession privilege*".

In detto articolo si analizza "*the recommendation*" della "*Royal Commission into Institutional Responses to Child sexual Abuse*" secondo cui il segreto confessionale – considerato in Australia come "*religious confession privilege*" – non dovrebbe essere concesso "*in child sexual abuse cases*", in quanto il mantenimento del segreto confessionale (inteso come "*confidential religious confession*") sarebbe "*inconsistent with the rights of children*".

Invero, si legge nel testo della "*recommendation*" diffuso dalla *Royal Commission*: "*Laws concerning mandatory reporting to child protection authorities should not exempt persons in religious ministry from being required to report knowledge or suspicions formed, in whole or in part, on the basis of in-*

formation in or in connection with a religious confession".

L'autore, dopo avere cercato di valutare la richiesta della *Royal Commission* nel quadro costituzionale australiano e fornito anche degli interessanti spunti comparativi relativi al *common law*, conclude riportando anche delle interessanti statistiche che confermano l'inutilità di aggredire un così importante aspetto della libertà di religione, in quanto "*there is no causal connection between religious confession and child sexual abuse*" Inoltre, rileva opportunamente Thompson, "*the abolition of religious confession privilege wolud not prevent child sexual abuse in a single case",* anche per l'ovvia ragione che "*people would cease confessing their sins the moment the confidentiality of their confessions was compromised*".

In conclusione, il volume – di cui si consiglia la lettura a chi vuole approfondire in via comparativa le tematiche ecclesiasticistiche (meglio di *law and religion*) in questa parte dell'Oceania – segnala che in Australia "*religious liberty needs protection*" in quanto la tendenza esistente nel quadro socio-politico australiano è quella per cui la protezione del diritto di libertà religiosa "*would be removed not created or augmented*".

Infine, alla luce di quello che viene definito come una "*inadequate attention given to the history of the relationship between religion law and culture*", frutto di un rinnovato ed eccessivo "*re-warmed secularism*", viene anche chiarito il titolo del volume affermandosi che "*just as the Britsh Crown and administrators of the day definied Australia as a* terra nullius*, so contemporary secularists believe they occupy a land in which religion is irrilevant*".

Mario Ferrante

Francesco Paolo Casavola, Dario Annunziata, Francesco Lucrezi, *Isola Sacra, Alle origini della famiglia*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, pp. 1-134

Incollato all'idea stessa dell'essere umano c'è il concetto di famiglia.

Fili invisibili, irreversibili, che vanno oltre il concetto stesso di esistenza, resistendo addirittura alla coltre della morte, legano individui che per scelta libera o meno, costituiscono una famiglia. Né a leggere le pagine di questo pregevole volume l'amore può essere una spiegazione, ancor meno "la" spiegazione. Non c'è amore nell'"antichità senza data", come splendidamente definito da Francesco Casavola, ma solo riti, ritualità, convenienze e costumi, che la lente del diritto per interpretare deve coadiuvarsi con quella dell'antropologia, della biologia e ovviamente della religione.

L'esigenza sacralizzatrice di un'unione tra esseri umani è pressoché estesa a tutte le culture.

Nel buio dell'antichità luccicano matrimoni, unioni, codificate anche in civiltà distantissime e che mai ebbero contatto. Questa volontà regolatrice, quasi una necessità codificatoria genetica che appartiene all'essere umano quando si tratta di famiglia, muove l'analisi che il volume opera.

Il volume è una raccolta ampliata e aggiornata di scritti editi e si configura ben oltre una mera unione di lavori, ma è un connubio di generazioni di ricercatori. Tre nello specifico. Francesco Casavola, Francesco Lucrezi e Dario Annunziata osservano con le loro precipue competenze e percorsi di studio tre aspetti del fenomeno "famiglia". Casavola nello specifico nella sua parte (pp. 19 – 34), il cui titolo dà nome all'intero volume, cava dall'"antichità senza data" la figura del *pater*. Lo fa ricordando soprattutto Fustel de Coulanges e Spengler che superando una visione per compartimenti stagni della storia

ampliano lo sguardo e "sollecitano ad uscire dalle analisi specialistiche" utilizzando come "comune criterio analitico" la categoria di "antico" e di "civiltà". Casavola con queste premesse ritrova nella storia, nel diritto e nella religione la figura del padre come *athanor* nel quale fondere tutte le tensioni non solo giuridiche ma anche sociologiche. Il diritto romano come ben emerge dallo scritto di Casavola è un diritto di padri, familiare quindi, che rimarrà massimamente di impostazione privatistica anche nelle sue dipanazioni politiche o pubblicistiche. Quanto scritto, secondo l'autore, si basa sulla divinizzazione degli antenati (*penates, manes, lares, genii*) su quella che quindi può essere definita: una religione familiare. Che si riunisce intorno all'"ara focolare, sotto il fuoco perennemente acceso, sotto il quale si praticava l'inumazione domestica, prima che fosse spostata fuori casa", ed ecco che quindi emerge il pater come capofamiglia perché interprete del divino poiché è colui che anagraficamente è più vicino alla morte e quindi agli antenati. La legge della famiglia promana dalla forza degli déi familiari e il tramite è il pater che diventa quindi naturalmente fonte giuridica. Casavola, riprendendo Bonfante e Arangio–Ruiz, contrappone però la loro visione di famiglia come mera organizzazione, quasi aziendale. Rimarca, con forza, come gli studiosi ottocenteschi non abbiano considerato la parte religiosa e divina centrale come invece doveva essere. Le divinità ctonie sono l'humus dal quale fiorisce la civiltà romana. Ed anche le continuità, le successioni, le eredità, sono prosecuzioni di culto più che trasferimento di ricchezze. Anche in questo caso chiaramente l'uomo sacerdote deve essere protagonista a scapito di una "donna – suddito" (secondo l'autore la famiglia era il "regno dell'obbedienza") e di un figlio maschio che quando emancipato, costituendo un'altra famiglia, un'altra isola, e "come se [nella famiglia di origine] non vi fosse mai nato". Casavola prosegue poi con una suggestiva analisi architettonica della *domus*, tempio più che abitazione. E ancora sulla correlazione tra diritto e forza e oltre tra Roma e Grecia.

Dario Annunziata invece in Immagini Sacre, *Alle origini della "patria potestas"* (pp. 37 –81) affronta con acuta visione la tematica della rappresentazione del defunto, e della morte in genere, in epoca romana. La forza dell'immagine, come fissazione di un'anima individuale, ben spiega la visione romana di individuo nella società prima che ancora di società di individui. Lo *ius imaginum* ossia il diritto a conservare un'immagine, del defunto, un suo calco funerario, più che una manifestazione di censo – erano autorizzati in origine i patrizi, ma anche questo sarà parte della ricerca dell'autore – era per i Romani un nodo che creava la trama più ampia della celebrazioni dei morti. Annunziata non a caso comincia con la descrizione dei riti funerari restituita da Polibio (6.53) in cui indossando le maschere dei defunti i morti partecipano alle liturgie religiose accanto ai vivi, "cosa infatti potrebbe essere più bello del vedere, tutte insieme quasi vive e spiranti, le immagini degli uomini che hanno assunto fama col loro valore", scrive lo storico greco. Nello specifico l'autore descrive che quando le maschere funebri lasciavano il segreto della casa e venivano esposte al pubblico non assolvevano una mera funzione celebrativa del defunto, ma configuravano un vero e proprio rito religioso. Nello scritto poi, degno di vivo interesse, la riflessione sui Censori e il loro intimo rapporto con le abitudini familiari dei cittadini romani, attraverso il *regimen morum*. Anche qui emerge quindi chiaro quanto nella organizzazione pubblica avesse primaria sostanza la dinamica privata. L'analisi poi della figura di Catone, la lettura di alcuni suoi brani chiariscono agli occhi dei moderni il senso più radicato della percezione dei defunti e del loro peso sociale: i morti in qualche modo

nell'antica Roma, soprattutto se degni non muoiono mai. Le riflessioni dell'autore sarebbero germinali per ancora ulteriori vie ad esempio ponendo paragone tra l'importanza dell'immagine contrapposta invece alla cancellazione dalla memoria collettiva del defunto e quindi a una sua definitiva dissoluzione. Tra le pene maggiori potessero essere inflitte in epoca romana era la dimenticanza, la *damnatio memoriae*.

Il volume si conclude con lo scritto di Francesco Lucrezi Prigione Sacra, *Alle origini della soggezione femminile* (pp 79–120). Dopo una preziosa disamina delle varie (supposte) organizzazioni familiari (matriarcato, poliandria etc.) sgombre il piano, ponendo chiaramente l'attenzione su quella che è stata invece l'unica forma familiare costituita dall'uomo nell'antichità: il patriarcato. Generato da un'estensione del concetto di proprietà e quindi di trasferimento dei beni agli eredi. Quando appunto sorge l'idea di proprietà (Lucrezi cita Engels ampliandone e rinnovandone l'interpretazione di lettura) essa rapidamente si amplia dai beni ai familiari, ossia coloro che continueranno a godere dei beni ottenuti dopo la morte di chi li ha conseguiti. La famiglia patriarcale è quindi sbilanciata manifestamente nei confronti di un unico grande potere: quello maschile. Cita la vita leggendaria di Re Salomone "ebbe settecento mogli e trecento concubine (I Re 11.3) ma ognuna di queste appartenne soltanto a lui". L'autore ricorda come tutte le civiltà del passato abbiano concesso alla donna solo un ruolo di subalternità. Pur con alcune sparute eccezioni…regine, sacerdotesse, poetesse. Ma la regola comune è che la donna dovesse essere controllata. Penelope, Andromaca, Lucrezia, Cornelia, esempi di "femminilità perfetta" per gli antichi erano in buona sostanza donne modeste e morigerate, spose silenziose, mansuete. La donna onorata sapeva filare (Penelope e Lucrezia), solo la prostituta poteva godere di una libertà ampia di movimento. Di libertà. L'Autore, oltre che restituire varie e interessanti suggestioni letterarie, descrive nelle pagine l'evoluzione (sempre immobile) della figura della donna. E citando il lavoro 'Sapiens. Da animali a déi' dello storico Yuval Noah Harari non fa risiedere in una maggiore forza fisica la preminenza dell'uomo nelle società del passato, citando ad esempio che mai la scelta di un Papa sia stata determinata da una maggiore forza fisica. Via di seguito abbatte, poi, tutte le possibili spiegazioni circa il perché della soggezione della donna all'uomo. Ed anche la gravidanza, l'allattamento, la crescita dei figli come creazione di un regime di dipendenza della donna nei confronti dell'uomo è superata dalla chiara annotazione sul perché le donne non si siano rivolte ad altre donne, per essere sostenute in questi momenti di debolezza, come pure accade in natura, per ricevere la protezione o il sostegno richiesto. La risposta purtroppo è impossibile e non viene data. Ma l'operazione maieutica è davvero affascinante, poiché il disgregare convinzioni è prezioso quanto costituirne di nuove. Staglia inoltre un terribile paradigma che è la perdita di una visione romantica della donna nella società classica. Purtroppo mai aderente al vero. Affetta da *imbecillitas* (secondo Gaio), ma l'antifemminismo era diffuso praticamente in ogni religione o visione. Crudo ma davvero significativo il catalogo compilato da Lucrezi di definizione di donna presso antichi testi sacri, che riportiamo qui completo: "meglio la cattiveria di un uomo della bontà di una donna (Sir.42.12,14), la donna è *ianua diaboli*, porta del demonio (Tert., *De cultu fem*. 1.1.2), l'uomo è impuro perché è nato da donna (Iob 25.4), da lei ha avuto inizio il peccato, per colpa sua tutti moriamo (Sir. 25.24), è più amara della morte (Qoh. 7.26), può essere ripudiata (Deut. 24.1, Cor., *sura* 66.5), sostituita (Cor., *sura* 66.5), picchiata (Cor., *sura* 4.34) dal marito, è sempre (sempre) a lui sottomessa (Gen. 3.16, Ester 1.22, Paul., *Col*. 3.18, *Tit*. 2.5, *Ef*. 5.22, I *Cor*. 11.3), gli deve sempre (sempre) ubbi-

dienza (Cor., *sura* 4.34), per il marito è come un terreno da semina (Cor., *sura* 4.34), deve tacere (Paul., I *Cor*. 14.34, *I Tim*. 2.11) e imparare in silenzio (Paul., *I Tim*. 2.12), non può insegnare (Paul., *I Tim*. 2.12), deve stare a casa (Cor., *sura* 33.33), non può lavorare fuori dalle mura domestiche (Sir. 25.21, Paul., *Tit*. 2.5), in caso di risarcimento, vale meno dell'uomo (Lev. 27.2), non può ereditare (Num. 27.3), la sua bellezza è una vergogna da occultare (Sir. 42.12,Tert., *De cultu fem*. 2.1.2, 3.1, 4.2, 13.3), non si deve agghindare (Cor., *sura* 33.33), se viene violentata è colpa sua (Tert., *De pud*. 22.13-14; Aug., *De mend*. 40-41; Ps.-Ambr., *De lapsu virginis consacratae*), eccetera eccetera." La speranza, nostra e chiaramente dell'autore è che i vincoli invisibili di questa prigione sacra possano essere abbattuti per sempre.

Pierluigi Romanello

Pierluigi Consorti, Luca Gori, Emanuele Rossi, *Diritto del Terzo settore*, Il Mulino, Bologna, 2018, pp. 1-211.

Si tratta di un volume densissimo di dati e di rilievi critici, uniti a riflessioni d'insieme che lo rendono un prezioso strumento di lavoro per quanti intendano esplorare un segmento dell'ordinamento giuridico, il diritto del Terzo settore (Ts), che progressivamente -per sensibilità politica e per naturale evoluzione delle istituzioni- si è reso una branca autonoma dalla matrice civilistico-tributaria, pur restando inquadrato in un settore ad alta tecnicità. Questo sforzo teso alla conquista di un'identità propria in unità di sistema si accompagna -gli Autori ne scolpiscono vivacemente le linee dinamiche- a tensioni bipolari tra commercialità e non, relative alla natura degli enti del Terzo settore (Ets) e che compongono il *leit-motiv* di una riforma per molti versi incompiuta, o mal interpretata nelle soluzioni adottate dal legislatore ma, pur sempre, manifestazione di una volontà di sperimentazione e di confronto aperto tra la dimensione dell'istituzionalità rigida (la P.A. ed i suoi apparati) e la libera pratica solidale, di volontariato non burocratizzato.

Emanuele Rossi («*Una breve storia del Terzo settore*», pp. 15-36) introduce il tema del Ts con una panoramica storica legislativa a partire dall'unificazione nazionale. Dalla l. 3 agosto 1862 n.753, il cui «gran fallimento» fu moderato dalla legge Crispi 17 luglio 1890 n. 6972, volta a favorire la mano pubblica nel settore dell'assistenza e beneficienza, alla «pervasività del pubblico in ogni forma di autonomia privata» della legislazione fascista (p. 21), sino alla legislazione democratica repubblicana, orientata ai paradigmi della «sussidiarietà reale». L'attuale allargamento delle prospettive universalistiche della tutela dei singoli sostengono un modello che relega gli enti privati ad un ruolo marginale, sebbene la complessità del fenomeno del nascente

«*welfare mix*» si incroci con discordanti «tendenze alla privatizzazione del pubblico e alla pubblicizzazione del privato» (p. 23) cui concorrono ulteriori leggi.

È grazie alla l. 11 agosto 1991 n. 226, punto d'origine di un processo evolutivo culminante con la l. delega per un «Codice del Terzo settore» (2016), che le Organizzazioni di volontariato (Odv) vengono alla ribalta, pensando al Ts come portatore di un «interesse generale», non più pubblico o privato e, dunque, divenuto destinatario di un «rovesciamento della prospettiva inizialmente seguita dall'ordinamento repubblicano» (p. 28). Questo «interesse generale» rende il Ts il depositario elettivo di una specialissima azione di *advocacy*, in linea con la prospettiva di democrazia partecipativa nel confronto aperto anche con la P.A. (cfr. le l. 8 giugno 1990, n. 142 e 7 agosto 1990, n. 241), avendo la legge 7 dicembre 2000, n. 383 (artt. 26 e 27) legittimato le associazioni di promozione sociale a nuove incisive forme di interlocuzione (diritto di accesso ai documenti e diritto di intervento nel processo amministrativo) con essa. L'azione di *advocacy*, unita al più tradizionale «servizio» proprio del Ts, sono le due direttrici generali dell'attuale evoluzione della disciplina.

Ancora Rossi («*Lo statuto costituzionale del Terzo settore*», pp. 37-55) affronta la questione della ricerca di uno statuto fondativo del Ts da recuperare tra le maglie del dettato costituzionale con rinvio agli artt. 2, 18 e 20 della Cost., ma anche richiamando l'insegnamento dossettiano (p. 38) circa il primato della persona sullo Stato. Interessante la notazione sull'intreccio tra le tre dimensioni fondamentali: la tutela soggettiva; l'azione politico-sindacale; il modello di *welfare*, quali coordinate entro cui il Ts si trova ad agire, sulla base e nel rispetto del pluralismo sociale.

L'A. sottolinea la centralità dell'affermazione concettuale moderna della dimensione della solidarietà, quale «fondamento costituzionale per il Ts» (p. 43) transitato, grazie alla giurisprudenza costituzionale, da una accezione impositiva (solidarietà come dovere normativamente imposto) ad una liberale (quale vocazione sociale libera e spontanea dell'uomo) e travasata nella l. 266/1991. Detto principio di solidarietà diffusa e distribuita dallo Stato ai soggetti privati collettivi (famiglia, scuola, enti del Ts) è così venuto assimilandosi al principio di eguaglianza (art. 3, co. 2 Cost.) e all'idea della «nostra forma di Stato come Stato sociale» (p. 44). Ma nella sua proiezione di progresso spirituale della società ha coinvolto anche la dimensione lavorativa (art. 4, co. 2 Cost.), sino ad enucleare dalla sua essenza le due anime, quella «lavorativa» e quella «gratuita», del Ts (p. 48).

Rossi individua però un ulteriore elemento componente, questa volta «orizzontale», dello Statuto fondativo del Ts: il principio di sussidiarietà, nato dall'art. 118 Cost. riformato nel 2001, e sulle cui basi l'azione di intervento partecipativo alla cura responsabile degli «interessi generali» può finalmente essere estesa ad ulteriori soggetti, tra cui gli enti del Terzo settore (Ets).

L'attenzione dell'A. alla ricerca di ulteriori parametri normativi componenti lo Statuto costituzionale del Ts si concentra, infine, sugli artt. 9 e 41 Cost. sottolineando le riserve dogmatiche che si oppongono ad un loro eventuale accoglimento nel quadro definitorio così impostato.

Pierluigi Consorti e Luca Gori si occupano, in un terzo capitolo, della fisionomia normativa del Ts («*Definizione giuridica e disciplina comune del Terzo settore*», pp. 57-84) sviluppata su un duplice piano: quello sul profilo critico della l. delega n.106/2016 che avvia la riforma del 2017 sul Ts e quello sulla disciplina positiva.

Consorti sottolinea gli aspetti fiscali della legge n. 106/2016 intesa a proporre i criteri generali di orientamento normativo e la via opzionale scelta dal governo che ha piegato la

via riformista convertendola principalmente sulla redazione di un Codice speciale «prevalentemente ricognitivo» del Ts corredato (tra il 2017 e 2018) da una serie di decreti legislativi. Egli avverte che si è dato spazio ad una «concezione legale troppo ampia e pragmatica del Ts» che ne deprime i caratteri fondamentali dello scopo centrale di solidarietà e dell'assenza di profitto: elementi che, prosegue l'A., «devono essere considerati il fulcro dell'intera riforma del sistema» e che, viceversa, hanno prodotto una «sorta di manutenzione straordinaria senza un previo accurato progetto di restauro» (p. 61). Dalla comparazione legislativa l'A. deduce il graduale allontanamento del legislatore dalla formula originaria di volontariato scolpita nella l. del 1991 (p. 63), per approdare ad una definizione che «privilegia l'aspetto oggettivo rispetto a quello soggettivo-teleologico» in una dimensione «ibrida e camaleontica» dei suoi contorni (pp. 64-65). Il confuso impiego delle espressioni «attività di interesse generale» e di «utilità sociale», oltre alla perdita di centralità dello scopo solidaristico, concorrono quali ulteriori elementi di perplessità e di debolezza concettuale della definizione in oggetto (p. 67).

In questo quadro l'A. traccia una disamina critica della disciplina comune degli Ets. Segue una sintetica descrizione della disciplina sull'acquisto della personalità giuridica e sull'iscrizione al Registro unico del Terzo settore (Runts) (pp. 75-77). Interessanti rilievi delineano la *ratio* del nuovo statuto del volontariato, emancipato da una logica difensiva contro le forme di sfruttamento del lavoro, ed approdato ad una definizione comune del volontariato che pone al centro la gratuità, ma la cui importanza «non sembra ancora sufficientemente metabolizzata» (p. 79). Apprezzabili anche le forme di controllo e di *accountability* legate alla disciplina sul bilancio sociale e al collegamento col criterio dell'«impatto sociale», sebbene il Cts, osserva Consorti, «non lo sviluppi compiutamente» (p. 82).

Nel Capitolo 4 Consorti si sofferma sul profilo soggettivo della materia («*I soggetti del Terzo settore*», pp. 85-108) e, prendendo le mosse dalla questione definitoria degli Ets, puntualizza che, sebbene il Cts abbia realizzato un accorpamento tipologico di diversi soggetti nell'unica espressione di Ets, sussistono «criticità definitorie» dovute ad una «perdurante frammentazione» che pregiudica il fine della semplificazione (p. 86). Riserve critiche, persino la censura di legittimità, riguarderebbero, secondo l'A., anche la locuzione «attività di interesse generale» svolte «in via esclusiva e principale» nonché la loro elencazione con metodo «a geometria variabile» (p. 88). Plauso va invece tributato all'istituzione del Runts, sebbene la gestione del *data-base* generale si inceppi nelle maglie dell'amministrazione.

Consorti, sottolineata l'«aporia» dovuta all'esclusione dalla riforma del Ts delle cooperative sociali, espone un'analisi rapida in forma elencatoria della disciplina delle tipologie di Ets: Organizzazioni di volontariato; Associazioni di promozione sociale; reti associative, enti filantropici; società di mutuo soccorso; imprese del Ts abbraccianti le *species* delle cooperative sociali e della Imprese sociali. Interessanti i rilievi circa gli enti religiosi, per i quali il Cts, introducendo la formula di «enti religiosi civilmente riconosciuti», ha promosso una «terza via definitoria», non priva di «significativi echi costituzionalmente rilevanti» (p. 103). Pur tuttavia, avverte l'A., il Cts sembra aver «ignorato la complessa articolazione» (polarizzata sul binomio enti confessionali non religiosi – enti religiosi non confessionali).

L'ulteriore specialità disciplinare (richiamante pregressi schemi logici delle Onlus) di cui vanno a beneficiare gli enti religiosi, introduce una specialità nella specialità che non solo appare «non congrua» col sistema del Ts, ma collidente con la *ratio* dell'art. 20 Cost., mettendo in luce la necessità di un serio ag-

giornamento del modello pattizio-concordatario risalente agli anni Ottanta (pp. 105-106).

«*La disciplina fiscale*» (pp. 109-134) è il tema del Capitolo 5, sviluppato da Luigi Gori. Osserva l'A. che il Cts non ha soddisfatto le aspettative sulla ridefinizione complessiva del sistema tributario degli Ets, rimanendo ancora attratto, pur sulla base di criteri o differenti, alla dicotomia «enti commerciali» – «enti non commerciali». Egli si concentra nell'analisi dell'art. 79 Cts, «fulcro della disciplina fiscale degli Ets» (p. 112) e della *fictio iuris* della «decommercializzazione» che, alla fine, crea una situazione di «fluidità» circa la fiscalità di detti enti, posto che, per gli «enti non commerciali» l'art. 80 Cts prevede un regime più vantaggioso. Tale *favor*, poi, (art. 80) riguarda le Odv, gli enti filantropici e le Associazioni di promozione sociale, sebbene il nuovo apprezzabile regime agevolativo unitario sulle imposte indirette, non sia esente da critiche (p. 122).

Analizzato il nuovo regime sull'Impressa sociale, ex d.l. n. 112/2017, apprezzabile per impostazione «tendenzialmente unitaria e soggettiva» (p. 123) e per le misure di sostegno e premialità, l'A. si sofferma sulla disciplina favoritiva del Cts (art. 83) sulle liberalità e modalità di raccolta fondi degli Ets, sebbene, egli avverta, ne risulta «un sistema assai complesso», ulteriormente evidenziato dal regime transitorio, sia in capo al donante che all'Ets beneficiario, in funzione delle garanzie di trasparenza e pubblicità (pp. 127-128). Nel complesso, conclude Gori, la riforma sulla fiscalità degli Ets coniuga una «apprezzabile organizzazione del sistema ancor priva, tuttavia, della necessaria sistematicità» (p. 132).

Emanule Rossi si occupa nel Capitolo 6 del tema su «*I rapporti fra Terzo settore e Pubblica Amministrazione*» (pp. 135-153) e concentra la sua indagine sul livello di c.d. «affidamento» tra P.A e Ets, a sua volta abbracciante due dimensioni (la reticolare-paritaria e la sostitutiva), in un quadro normativo (nazionale, comunitario e giurisprudenziale) assai complesso (pp. 138-139). Appare assai interessante l'analisi sul coinvolgimento degli Ets nelle attività di co-programmazione e co-progettazione descritte all'art. 55 Cts, da cui riemerge il tema centrale delle garanzie di trasparenza.

L'argomento è strettamente connesso con quello delle convenzioni stipulate tra P.A. ed Ets (in partic. Odv ed Aps), laddove il Cts «innova significativamente il quadro normativo» (p. 144), pur residuando disarmonie di sistema (specialmente nel nesso tra art. 55 e 56). In conclusione l'A. rileva che l'art. 55 è norma assai apprezzabile perché propone un'innovativa concezione del Ts, nella metamorfosi da strumento statico del *welfare*, ad interlocutore dinamico nelle procedure convenzionali con la P.A., in un'evoluzione affatto scontata.

«*Il sistema di sostegno e promozione degli enti del Terzo settore*» (pp. 155-169) è il tema affrontato da Luca Gori nel Capitolo 7. L'A., precisato preliminarmente che tale disciplina attuativa dell'art. 118 u.c. Cost. non deve dar luogo ad «ingiustificati privilegi» (p. 156), espone una puntuale rassegna di strutture e misure volte al sostegno del Ts, contemplate nel Cts (tit. VIII e IX). Si tratta del Consiglio Nazionale del Ts; dei Centri di servizi per il volontariato, la cui revisione «costituisce uno degli elementi qualificanti dell'intera riforma» (p. 158); della Fondazione Italia Sociale, struttura «"inedita" di intervento misto tra il pubblico ed il privato» (p. 161); delle ulteriori misure di sostegno e promozione contemplate agli art. 61-71 del Cts; delle misure di finanziamento pubblico (artt. 72 e 73) che prevedono figure specifiche di fondi pubblici; degli strumenti innovativi di c.d. «finanza sociale» («titoli di solidarietà» e «*Social leading*») descritti agli art. 77 e 78 Cts e, infine, dello speciale strumento di sussidiarietà fiscale del cinque per mille (ex d.lgs. n.111/2017).

Introduce storicamente il tema sul «*Re-*

gime dei controlli sugli enti del Terzo settore» (pp. 171-190) Emanuele Rossi il quale, esposta una succinta ricostruzione storico-legislativa della materia, denuncia nel Capitolo 8 il paradosso della soppressione del suo frutto maturo, l'«Agenzia» per il Ts, suggerita dalle evenienze di una riforma «a costo zero» foriera di un «sistema di controlli disarticolato e confuso» (pp. 174 e 175). L'A. si inoltra nel sistema dei controlli proposto dal Cts e ne esamina gli aspetti distinguendo tra controlli «interni» ed «esterni»; rileva così pregi e difetti di entrambi, nella convinzione dell'opportunità, non ancora soddisfatta, di un raccordo tra le due attività liminari. Aleggiano, in una visione sistematica d'insieme, la scarsa chiarezza e l'incerto livello di coordinamento, se non addirittura elementi di contraddittorietà (pp. 178 e 182) che, per i controlli esterni, hanno come referente l'Ufficio del Registro nazionale. A questo si aggiungono, o meglio, «si sovrappongono», le ulteriori modalità di controllo espresse dalle Reti associative e dai Centri di Servizio per il volontariato, dal Ministero del Lavoro, dalle Amministrazioni finanziarie (le tre agenzie fiscali e la Guardia di Finanza) e, infine, dalle P.A.

Il disarmante giudizio complessivo dell'A. si colora di qualche aspettativa nel futuro divenire degli Ets, proiettato all'estensione dei diritti della persona e a nuovi impulsi ideali alla buona pratica dell'azione di controllo.

Con il Capitolo 9 («*Ai confini del Terzo settore*», pp.191-200) Pierluigi Consorti, in sintonia con Luca Gori, tenta un approccio previsionale ed estensivo dell'«affollato» Ts, le cui «zone grigie» risultano impermeabili ad un cospicuo gruppo di soggetti seppure agenti senza fine di lucro in quel medesimo teatro. L'A. ne espone un elenco con le relative criticità (P.A.; formazioni e associazioni politiche; sindacati e associazioni professionali; fondazioni bancarie), concentrando poi la sua attenzione con rapidi cenni espositivi sul Servizio Civile Universale, sulla Cooperazione Internazionale e sulla Protezione Civile.

Le conclusioni sulla riforma del Ts del 2017-'18 prendono atto che: «il nuovo impianto normativo non è una riforma, bensì una forma» (p. 201) dalla cui indagine scaturiscono alcune domande e «gravi limiti» di fondo. L'impostazione dualistica tra commercialità e non degli Ets è ben lontana dal rispecchiarne l'originaria impronta volontaristica e sembra materializzarsi il rischio di un Ts a due velocità, né il legislatore riformista sembra aver dato prova di consapevolezza sulle implicazioni del suo operare sugli spazi costituzionalizzati di libertà (p. 204). Tuttavia, va salutato con favore lo sganciamento del Ts dalla originaria «concezione ancillare» di sistema, ora rimpiazzata da un autonomo «spazio giuridico» della vitalissima disciplina.

Fabio Vecchi

Carlo Fantappiè, *Per un cambio di paradigma. Diritto canonico, teologia e riforme nella Chiesa*, EDB, Bologna, 2019, pp. 191

In epoche passate, l'alleanza tra la teologia e il diritto canonico ha prodotto "sia feconde integrazioni dottrinali sia incisive riforme istituzionali", scrive Fantappié (p. 8). Perché le due discipline riscoprano la fecondità di un dialogo e di un lavoro, è necessario un cambiamento di paradigma. Il libro esprime una constatazione, ovvero l'esigenza di "un cambiamento – tanto della canonistica quanto della teologia – e anche la speranza di contribuire ad attuarlo. Non pretende in alcun modo di formulare la definizione di un programma, bensì avanzare alcuni suggerimenti... " (p. 143). L'opera di codificazione svolta alla fine dell'Ottocento e completata nel 1917, alla quale l'autore ha dedicato due volumi per presentare la genesi, la preparazione e l'importanza nella storia delle fonti del diritto canonico[1], ha mostrato quanto le due discipline non avessero più rapporti. Il Codice promulgato nel 1983 ha cercato di porre le basi di una ripresa del dialogo, dopo che il Concilio Vaticano II ha dato impulso a tale ripresa, ma senza andare oltre una breve allusione al loro comune destino. Così, nel n. 16 del decreto *Optatam Totius* sulla formazione dei sacerdoti, si legge: «...nell'esporre il diritto canonico e la storia ecclesiastica, si farà riferimento al mistero della Chiesa in armonia con la Costituzione dogmatica *De Ecclesia* promulgata da questo Concilio». Infatti, gli elementi più essenziali di questa Costituzione hanno strutturato la presentazione codificata della legislazione vigente, come compare nel libro centrale del Codice, il Libro II sul Popolo di Dio, e in molti canoni inseriti dopo la decisione di non pubblicare la *Lex Ecclesiae Fundamentalis* che voleva raggruppare gli elementi costitutivi della Chiesa latina e delle Chiese orientali. Il lavoro su questo progetto, mai completato, dimostra che le autorità che hanno condotto il lavoro di revisione erano consapevoli che il nuovo Codice non potesse essere una semplice rilettura dei canoni esistenti, ma doveva essere la conseguenza di un cambiamento di riferimento ecclesiologico.

L'ecclesiologia di riferimento del Codice del 1917 è stata per la Chiesa uno strumento per proteggersi dalle idee moderne che organizzavano le società in cui ai cittadini erano concessi diritti di partecipazione. La Chiesa si è anche protetta dalle concezioni sinodali conciliari dei sistemi gallicani o più ampiamente regalisti e dalle idee ecclesiologiche del protestantesimo. Fantappié rileva il carattere paradossale delle scelte politiche e dottrinali della Chiesa di allora. Utilizzando il concetto di Chiesa quale Società giuridicamente perfetta all'immagine dello Stato, essa non si è protetta da meccanismi e concezioni del diritto che assomigliavano in tutto e per tutto ai meccanismi e alle concezioni del positivismo legislativo che si trovano negli Stati. La teoria ecclesiologica della *Societas iuridice perfecta* ha garantito l'impermeabilità della Chiesa alle teorie che ne hanno condizionata la natura, ma non ha garantito che una concezione dell'esercizio del potere basata sull'obbedienza alle leggi del principe, per il rispetto che dovrebbe essere dato al suo ufficio, si radicasse nella Chiesa. Fantappié dimostra che lo stesso movimento volontaristico ha toccato la teologia. Come c'è stato un positivismo giuridico, c'è stata anche una sorta di positivismo teologico.

È notevole la coerenza dei cambiamenti apportati dal Concilio Vaticano II. Il fatto che la *Lumen gentium* abbandona la diffidenza che aveva verso il mondo moderno, descri-

[1] Carlo Fantappiè, *Chiesa romana e modernità giuridica*. T. I: *L'edificazione del sistema canonistico (1563-1903)*. T. II: *Il* Codex iuris canonici *(1917),* Milano Giuffré, 2008, pp. 1282.

vendo sè stessa come un sacramento che è, nello stesso tempo, segno e mezzo di intima unione con Dio e con l'unità di tutto il genere umano, ha ispirato la Dichiarazione *Dignitatis humanae* sulla libertà religiosa, i testi di carattere ecumenico o interreligioso, ma soprattutto i documenti che cambiano la concezione del rapporto tra le persone all'interno della Chiesa con la nozione di uguaglianza di cui godono tutti i fedeli a causa del battesimo.

Leggendo i canoni della *Lex Ecclesiae Fundamentalis*, si stupisce di constatare che essa mette in forma codificata testi tratti direttamente dai documenti conciliari. Senza dubbio si è trattato di un incontro importante tra le due discipline, perché il nuovo Codice ha mostrato il suo legame essenziale con la teologia della Chiesa. Lo vedremmo come il culmine di un movimento novecentesco in cui, ben prima del Concilio Vaticano II, c'era il desiderio, secondo Congar, «di andare oltre il punto di vista giuridico ed estrinseco, un oggettivismo fissista, affermazioni di pura sottomissione e di fare spazio al soggetto religioso, personale e comunitario, all'esperienza interiore, al senso degli sviluppi storici»[2]. In questa breve enumerazione il Congar spiega che il concetto di società su cui è stato costruito il Codice del 1917 non era sufficiente ad esprimere la ricchezza del mistero della Chiesa. Il Concilio conferisce alla comunità ecclesiale un vero e proprio *status* ecclesiologico, non più dipendente da una concezione sociale estranea alla sua tradizione, basata sul disegno di Dio, che, fin dall'inizio della stessa costituzione, viene così ricordato: "Il "Padre eterno" ha deciso di elevare gli uomini alla comunione della sua vita divina. Il "fatto comunitario" fa parte della sua "natura", perché deve la sua esistenza alla volontà divina di riunire chi appartiene al popolo costituito già sulla terra. La comunità creata è destinata ad operare perché – non ancora realizzata – "tutti gli uomini, ora più strettamente uniti tra loro da vincoli sociali, tecnici e culturali, possano anche raggiungere la loro piena unità in Cristo" (LG, 1). Questo spiega la valorizzazione dopo il Concilio Vaticano II del concetto di sinodalità.

Come ricorda Carlo Fantappiè questa riscoperta ecclesiologica del rapporto tra la Chiesa e il mondo e del ruolo della Chiesa nella storia grazie a un approccio escatologico si è sviluppata nelle discipline teologiche, ecclesiologiche, bibliche, patristiche e liturgiche, ma non proprio in campo canonico. Il diritto canonico ha infatti evitato di cercare nei vocabolari delle Chiese separate come parlare della sua identità, del suo ruolo, della sua azione nel mondo. Ciò è confermato da alcune opere che hanno stabilito l'influenza delle teologie protestanti sui teologi cattolici in Germania e, più recentemente, l'influenza dei teologi ortodossi rimasti estranei ai dibattiti ecclesiologici occidentali.

Dopo la seconda guerra mondiale, il Codice del 1917 scomparve "di morte lenta", stagliandosi sullo sfondo di un quadro ecclesiologico obsoleto che non corrispondeva più a quello che stava diventando la Chiesa del XX secolo, alla luce dell'evoluzione della sua azione e dei rapporti tra i suoi membri. L'antigiuridismo come opposizione al Codice di diritto canonico non è venuto solo da un'opposizione al diritto in quanto tale – come espresso dal Shom con la tesi dell'incompatibilità del diritto e del Vangelo – ma è venuto anche e soprattutto dall'impossibilità del Codice – e forse di molti canonisti, rinchiusi nel loro mondo – di adattarsi ai nuovi linguaggi e alle nuove concezioni che si stavano diffondendo, tranne che per aspetti occasionali, come abbiamo visto ad esempio in Francia, con la difficile questione dello statuto giuridico del

[2] Yves Congar, *L'Église de saint Augustin à l'époque moderne*, Paris, Cerf, 1970, p. 460.

movimento missionario della "Mission de France". Nei seminari e nelle facoltà era insegnato un Codice che faceva dichiarazioni in cui non si riconosceva un respiro ecclesiologico che sarebbe stato ripreso dal Concilio. Il sistema era dunque chiuso.

Più che l'attuale Codice, secondo Carlo Fantappiè, è l'intero diritto canonico che dovrebbe essere lo strumento per la ripresa del dialogo tra teologia e diritto canonico. Entrambe le discipline hanno il compito di accompagnare col proprio modo di riflettere la realizzazione della figura istituzionale della Chiesa nella storia e la determinazione della sua azione missionaria, sia in parole che in fatti. Spetta a tutte e due, di organizzare l'azione di questa società che, secondo la descrizione della *Lumen gentium*, è il corpo mistico di Cristo, l'assemblea percepibile agli occhi e la comunità spirituale, la Chiesa terrena e la Chiesa arricchita di beni celesti, che non sono da considerare come due cose, ma al contrario costituiscono un'unica realtà complessa, fatta di un doppio elemento umano e divino (LG, 8). Entrambe le discipline sono scienze, hanno un ruolo da svolgere, accanto al magistero che è la parola istituita della Chiesa la quale garantisce la sua unità, come responsabili della vita della Chiesa nella storia. Dal punto di vista del diritto canonico, è necessario accettare di misurare il cambiamento richiesto dalla concezione del diritto nelle società moderne, non di rifiutare che vi si stia istituendo un sistema aperto, "pluralistico, frutto di una molteplicità di fonti e di regole di formazione induttive prima che deduttive. Necessita sempre di nuove integrazioni ed elementi apportati nelle sue relazioni con altri sistemi e con l'esterno, si sviluppa e si modifica a seguito di principi e ipotesi la cui coerenza ha bisogno di essere argomentata per via analitica e stabilisce un ordine provvisorio costantemente adattabile, che non può mai essere assunto come definitivo. La sua conoscenza è, quindi, sempre incompleta e imperfetta: anzi, essa si connota come una ricerca o sperimentazione che avanza indefinitamente senza raggiungere il suo traguardo conclusivo" (p. 151).

Fantappiè ha dimostrato in altri scritti che la codificazione era un mezzo per garantire la certezza giuridica. Pio X voleva che la Chiesa avesse uno strumento che permettesse il ricorso a un'unica fonte di diritto. In teologia, dal Concilio di Trento al Concilio Vaticano II, dice l'autore, si è cercata «una certezza autoritativa che ha determinato il suo carattere immobile e chiuso» (p. 156). Dunque «si pone adesso il problema di come riaprire questo sistema, liberandolo dalle sedimentazioni culturali, giuridiche e politiche del passato, ma anche rapportandolo ai mutamenti di scenario o passaggi epocali che la fine della modernità filosofica, giuridica e politica ha recato» (p. 156). Tra gli elementi che ci costringono a rispondere alle sfide di questa crisi epocale, l'autore evoca il mito della certezza, quello della codificazione, l'emersione di una serie di altri fenomeni culturali come «le dottrine giuridiche antilegaliste, le nuove forme di costituzionalismo giuridico che basano il diritto su valori condivisi, l'abbandono del monismo giuridico per un pluralismo ordinamentale, l'affermazione di un diritto flessibile, il dibattito sui diritti umani» (p. 157), tutto ciò che è soggetto a un principio di complessità. Spetta al diritto canonico cercare di sviluppare i propri principi, che fanno parte della sua tradizione e che sono stati nascosti per secoli, accettando due fattori di adattamento, la "struttura dialettica" del sistema canonico e la sua "natura dinamica". L'autore propone quindi una terapia metodologica della canonistica proponendo il recupero della flessibilità del sistema, il riequilibrio del sistema delle fonti e uno sguardo al metodo dei decretisti e dei decretalisti e al metodo giurisprudenziale dei papi medievali per giungere a una sintesi tra pensiero problematico e sistematico. In que-

sto movimento c'è spazio per due fonti principali, da un lato i testi magisteriali del Concilio Vaticano II (anche in prospettiva ecumenica), e dall'altro il diritto canonico, che sarebbero i riferimenti per un dialogo tra teologia e diritto canonico.

Patrick Valdrini

Jean-Pierre Schouppe, «*Diritto dei rapporti tra Chiesa e comunità politica. Profili dottrinali e giuridici*» PUSC – Facoltà di diritto canonico. Subsidia canonica, 24, EDUSC Roma, 2018, pp. 1-392.

Potrà apparire contro corrente il pensiero di Jean-Pierre Schouppe il quale, nell'indagare sui contenuti giuridici (e sugli antefatti) dei rapporti interpotestatici tra Chiesa e comunità politica, getta lo sguardo oltre l'analisi delle rigide costruzioni schematiche ed offre una lettura delle categorie dei diritti postmoderni -prima tra tutte, i diritti umani- a notevole distanza da interpretazioni oggi maggioritarie e talvolta piegate da logiche distorcenti, intese a ridimensionarne, se non a negarne, la radice antropologica cristiana, per riconsegnarle ai lidi dell'utilitarismo e di un neopositivismo schierato. Il canonista propone le proprie convinzioni, rielaborando costantemente la questione della natura del dualismo dinamico su cui si vengono incardinando diacronicamente i rapporti di relazione giuridica tra le «due città».

Il libro che ne risulta è un poliedrico affresco istituzionale e, come si conviene alle opere monografiche di questa natura, richiede una speciale attitudine alla sintesi organizzativa schematica. Questa caratteristica si ritrova affiancata alla chiarezza concettuale e alla dovizia di note ricostruttive e di dati storici, dogmatici e di diritto positivo di verifica che accompagnano l'esposizione sia nella parte storica che in quella dedicata alla giurisprudenza e ai modelli istituzionali vigenti.

Sin dalle prime battute del suo libro, opportunamente, Jean Pierre Schouppe offre al lettore alcune preziose indicazioni di metodo utili alla comprensione della prospettiva di indagine. Il volume indaga sul «diritto dei rapporti» tra le due potestà di vertice, Stati e Chiesa, ed è diviso tra una Prima Parte, in cui il richiamo storico si intreccia con l'evoluzione dei principi di relazione ed una Seconda,

dedicata al profilo giuridico istituzionale supportato da una documentata esposizione sulla giurisprudenza della Corte EDU.

Il terreno dei rapporti giuridici ha rappresentato una base sperimentale nel transito conciliare che ha traghettato la Chiesa dagli schemi rigidi del *ius publicum ecclesiasticum* verso i più fluidi scenari sui quali oggi opera la «disciplina dei rapporti» istituzionali intersoggettivi (p. 16).

La base di partenza è «la ricca nozione ecclesiologica della *communio* del popolo di Dio» (p. 22) conformata alla formulazione del n. 76 di *Gaudium et Spes*.

Schouppe traccia un quadro storico ricostruttivo del rivoluzionario insegnamento della Chiesa sin dalla sua istituzionalizzazione d'età romano-imperiale: un modello dualista Stato-Chiesa che soppianta il monismo delle culture pre-cristiane (p. 34). L'A. evidenzia con chiarezza quanto tale impianto votato a mettere in comunicazione «due ordini diversi, uno spirituale e l'altro temporale» (p. 35) sia destinato a periodiche tensioni dialettiche che avranno in Costantino il primo interprete-legislatore di un diritto in grado di permeare di etica cristiana il rigore della *lex* romana. Sullo sfondo resta però l'elemento strumentale (cesaropapismo) con il suo deteriore effetto degradante e ricostituente un monismo imperiale a fini di consolidamento politico. A tale logica non sfuggono neppure gli editti di Valentiniano III e Teodosio II, né la legislazione giustinianea, sicché la dottrina gelasiana del dualismo cristiano non fa che confermare le reciproche riserve tra le due potestà supreme (p. 48).

Osserva con acutezza l'A. che manca all'impostazione dogmatica di Gelasio, pur apprezzabile per l'innovativa demarcazione dei confini tra autorità *sacrata* e *potestas regalis* -ed in ciò rappresentando un indiscusso «salto di qualità» nel contesto del pensiero del suo tempo- la nettezza dell'impianto bipolare: «il confine, la sfera di ogni potere rimane relativamente imprecisa». Insomma, «Gelasio individuava due poteri che dovevano rispettarsi vicendevolmente, ma non indicava la distinzione delle due sfere o ambiti di applicazione» (p. 53), a tutto svantaggio per la stabilità del sistema. Il vacillare dell'impianto teorico dei rapporti interpotestativi poggia su una leva materiale, la questione delle investiture, e su una leva dogmatico-politica, corrispondente all'edificazione del Sacro Romano Impero. Gli interessi patrimoniali particolari si insinuano nel modello generale delle relazioni Stato-Chiesa, ma sollecitano la reazione degli anticorpi ecclesiastici.

Gregorio VII, l'impostazione morale della riforma sociale oltre che ecclesiale sulla base del principio *ratione peccati*, le dottrine filogregoriane di Ivone di Chartres e la prassi pattizia inaugurata con Worms sono tutti fattori convergenti alla riaffermazione dei rapporti Stato-Chiesa sulle nuove basi dell'universalismo teocratico: nella teorica di Ildebrando il dualismo è cancellato.

Schouppe mette in guardia sull'impiego dell'espressione «agostinismo politico» per la descrizione dei fondamenti teoretici, della teocrazia e della proposta medievale sulla ricomposizione dei reciproci rapporti nell'*ordinatio ad unum*. Egli osserva il duplice errore metodologico imputabile a tale teoria: «1. la perdita del senso della metafora e l'adozione di una interpretazione letterale delle due città; 2. il passaggio, non sempre fondato, da una concezione spirituale e morale ad un discorso politico» (p. 62).

Per altro verso l'A. che pure riconosce nell'affermazione della ierocrazia il segno esplicito di un monismo ecclesiale unilaterale, ne relativizza l'elemento ideologico sostenendo che «sarebbe erroneo intendere l'esistenza di quel regime come un manifestazione della sete personale di potere temporale da parte dei Romani Pontefici» (p. 64). Semmai, il problema della natura del potere della Chiesa -e la conseguente essenza dei rapporti interpote-

statici- ha il suo momento critico, puntualizza Schouppe, nella creazione di un modello di legittimazione che, fondato sulla dimensione morale (*ratione peccati*), resta «sprovvisto di una precisa delimitazione» nell'intervento pontificio sugli atti di governo (p. 66). A contribuire all'azione di disgregazione dell'assetto potestativo medievale concorreranno le teoriche secolarizzate di Marsilio, Ockham e Machiavelli.

La ricostruzione storica prosegue attraverso l'esposizione delle nascenti dottrine sul contratto sociale e sulla sovranità assoluta dello Stato (Bodin, Rousseau, Bossuet) e si sofferma sulle correnti riformatrici (Lutero, Calvino) e, avvertendo che «Una delle conseguenze delle riforme protestanti in Europa fu la trasformazione della cristianità di segno cattolico in un pluralismo cristiano» (p. 82), sembra ammettere l'avvenuta metamorfosi dell'originaria bipolarità, in un nuovo modello teoricamente più radicato che non le precedenti sperimentazioni istituzionali.

Gli eventi politici riconducibili a questi frangenti (Pace di Augusta, Trattati di Westfalia) preparano il terreno alla «nozione semanticamente complessa» della tolleranza (p. 84), di cui Schouppe esplora con attenzione e capacità di sintesi la triplice dimensione (morale; di virtù civica, giuridica).

Da tale prospettiva si dipana il vasto assetto giurisdizionalista, con le sue molteplici declinazioni nazionali, nelle quali, tuttavia, «si è ancora lontani da un dualismo equilibrato» (p. 88). Le teorie di Bellarmino e Suarez sulla *potestas indirecta in temporalibus*, anziché sciogliere le resistenze dogmatiche, produrranno sulla base della *ratio peccati* un arroccamento di posizioni, a danno di una dialettica collaborativa moderna.

La logica difensiva opposta al giurisdizionalismo statuale sarà il carattere distintivo anche delle nuove correnti dottrinali inquadrate nel *ius publicum ecclesiasticum* e nel metodo che ne informa l'evoluzione. Schouppe ne riassume l'essenza e il declino dottrinale: «questa poggiava su tre pilastri principali: la nozione di società giuridica perfetta; la potestà indiretta, nonché il confessionalismo dello Stato. Orbene, persino prima del Concilio, ognuno di questi elementi era già entrato in una profonda crisi» (p. 103). Degno di interesse, e senz'altro rivelatore della più profonda opzione dogmatica abbracciata dall'A., il tentativo teorico di coniugare il principio della «società giuridicamente perfetta» con l'idea conciliare della *communio*, giacché se il modello dell'IPE «viene globalmente rigettato», l'idea della società giuridica perfetta «potrebbe ancora oggi avere una ragion d'essere (se ricondotta allo scopo principale della Chiesa) per realizzare la sua missione: la salvezza delle anime» (pp. 104-105), in linea con un nuovo modello di cooperazione tra Chiesa a comunità politica.

Resta il fatto che la teoria della potestà indiretta non va oltre una «risposta circostanziale» alle ritornanti pretese monistiche e che la soluzione sarebbe stata nel transito da una potestà indiretta verso una «potestà direttiva» esclusivamente morale, avulsa da ogni pretesa potestà temporale.

I pontificati della prima metà dell'Ottocento si confronteranno con l'esperienza del liberalismo rivoluzionario nordamericano e francese. È tuttavia al magistero di Pio XII e di Giovanni XXIII che va ricondotta l'elaborazione dei diritti umani fondamentali. Schouppe afferma senza riserve che «Il carattere immanente e indeterminato del fondamento dei diritti umani (si evita la trascendenza) nonché le incertezze circa la nozione di dignità umana, sono state la fonte di una interpretazione "ideologizzante" operata in chiave individualista ed utilitarista» (p. 132). Di fronte a tale progressiva positivizzazione e svalutazione del connotato antropologico dei diritti umani, il canonista, in quanto «erede di una grande tradizione giuridica», ha l'obbligo -avverte l'A.- di imbracciare l'arma della

critica costruttiva per riconsegnare a quella nuova categoria di diritti l'originario valore di «ultimo collante» etico-giuridico della società globale (p. 138).

Il Concilio Vaticano II, in proposito, offre eloquenti punti d'appoggio nei suoi documenti (*Lumen gentium*; *Gaudium et spes*; *Dignitatis humanae*; *Christus dominus*): specialmente in *DH* si coglie l'impegno della Chiesa ad intraprendere il tragitto verso una «terza epoca» di svolgimento concettuale dei due poteri di governo (dopo la fase gelasiana e la *Christianitas*) «non più (assunti) in due società perfette (bensì) in due società *tout court*» (p. 160).

Schouppe riassume le linee portanti del magistero post-conciliare lungo la prospettiva personalista e morale individuale: in Paolo VI, Giovanni Paolo II e Benedetto XVI emerge l'esigenza impellente di proclamare i diritti umani (anche) in chiave morale e non di mero oggettivismo. Benedetto XVI, in sintonia teologica con tale segnale, coglierà la sussistenza di una «ermeneutica di riforma nella continuità» (p. 167) nel contesto di un dualismo cristiano ormai sideralmente distante dall'universalismo gregoriano; papa Francesco, più ironicamente, sanzionerà la «persecuzione educata» dei diritti umani da parte di una cultura occidentale chiusa al trascendente (p. 171) ma orientata ad un «dualismo plurale».

Con l'esposizione delle dottrine sui rapporti tra Chiesa e comunità politica, oggetto della prima parte del volume, Schouppe ottiene due risultati: da un alto, ci indica le sue personali impressioni sui pregi ma anche sulle possibili strumentalizzazioni in pregiudizio della categoria dei diritti umani; dall'altro, prepara il terreno di indagine che nella seconda parte del libro raccoglie una sintesi dei principi giuridici assunti dalla Corte EDU, in tema di libertà religiosa, proponendo così un vaglio di conformità tra principi assiomatici e diritto giurisprudenziale vivente.

Preventivamente, con una rigorosa impostazione di metodo, l'A. propone una sistematizzazione dei principi giuridici desunti dall'ordinamento canonico e a base dell'attuale modello dei rapporti interpotestatici. Il quadro è assai composito: sul modello post-westfalico del «dualismo cristiano», ormai evoluto nelle attuali forme del «dualismo plurale» (p. 176) di stampo euro-occidentale, si inseriscono i principi-base sul reciproco riconoscimento di sovranità, indipendenza ed autonomia la cui valenza politica si traduce nel terreno della prassi giuridica del principio di cooperazione (pp. 181 ss.). Tuttavia, il corretto funzionamento del modello, precisa l'A., può darsi solo a condizione di un'altrettanto chiara e reciprocamente riconosciuta «mutua incompetenza» nella condizione operativa di «autolimitazione giurisdizionale», ovverosia nell'intangibile primaria funzione magisteriale della Chiesa: una riedizione post-moderna della competenza ecclesiale *ratione peccati* ora esercitabile in un autorevole ufficio direttivo morale dell'azione di governo delle potestà temporali. Su tali basi vanno riletti i principali sistemi di rapporti interpotestatici moderni (pp. 191 ss.).

L'imperante crisi del trascendente suggerisce allo studioso la necessità di scavare in profondità, nel tessuto connettivo giuridico su cui la Chiesa poggia le sue istanze di libertà, in corrispondenza con il complesso dei «diritti nativi». Categoria di radice divina in piena evoluzione, l'A. si propone la verifica, entro i limiti di una valutazione di ordine argomentativo, di una possibile armonizzazione tra essi e gli orientamenti giurisprudenziale della Corte EDU (p. 206).

Schouppe passa così sotto il setaccio dell'eventuale concordanza tra principi elettivi di libertà religiosa (nel duplice parametro ecclesiale ed istituzionale), delle tematiche che ne costituiscono l'oggetto materiale: la personalità giuridica; l'accesso all'equo processo civile; la nomina dei Vescovi e dei ministri di culto; l'impiego dei mezzi di comunica-

zione sociale per la propagazione della fede; la libertà di istruzione e di educazione; la libertà di organizzare strutture di assistenza caritatevole; il riconoscimento del modello matrimoniale in quanto sacramento che richiede l'autonomia del foro; lo *status* giurisdizionale sui luoghi sacri; il riconoscimento di un diritto patrimoniale proprio e di un sistema di autofinanziamento libero; il riconoscimento di una potestà giudiziaria *in spiritualibus*; la peculiarità in diritto internazionale, con i conseguenti *iura legationis* e *contrahendi* ad essa collegati (pp. 207-248).

Le conclusioni che l'A. trae da questo policromo affresco sullo stato di salute della dimensione tutoria della libertà di fede sono incoraggianti, ma non pienamente rassicuranti: a fronte di una linea argomentativa giurisprudenziale sostanzialmente sensibile alle tematiche religiose (il riconoscimento che la Corte EDU tributa all'«unità dottrinale» e alla «autonomia organizzativa» del gruppo religioso), si fanno largo «lati oscuri» e «pericoli periferici» (pp. 249-250) tra i quali va segnalato il non ancora precisato principio di non discriminazione.

Volgendo poi lo sguardo verso il profilo della soggettività internazionale della Santa Sede, Schouppe riconsidera il contributo giocato dal metodo pratico-induttivo (o principio di effettività) sulla multidimensionale «identità trinitaria» ecclesiale: Santa Sede – Stato Città del Vaticano – Chiesa cattolica (p. 258) benché – egli soggiunge – sussiste «un'ambiguità sconcertante del diritto internazionale contemporaneo riguardante la parola "Stato"» (p. 262), la quale denuncia tutti i suoi limiti se coniugata con la formula SCV e la questione della sua soggettività giuridica (pp. 264 ss.). In ogni caso, secondo l'A. «sembra augurabile (...) il superamento dell'uso indistinto delle denominazioni "Santa Sede" e "SCV"» (p. 271).

Risolutamente negata la personalità internazionale alla Chiesa cattolica, Schouppe si concentra sui rapporti dinamici tra Chiesa e comunità politica (questione dell'ingerenza e della giustiziabilità civile) avvertendo alla luce del Concilio Vaticano II l'opportunità di «esercitare la prudenza nel governo» (p. 278). Tale esigenza è resa ancor più stringente a seguito degli orientamenti adottati dalle giurisprudenze nazionali (in specie, Corte di Appello di Gand, 2017) che riconosce alla Santa Sede una «immunità giurisdizionale di Stato» e non semplicemente diplomatica.

C'è un altro versante tradizionalmente centrale nella Chiesa: la diplomazia pontificia. Avverte bene Schouppe, facendo appello alla categoria dei diritti nativi, che la «partecipazione alla vita diplomatica (...) è un diritto nativo della Chiesa cattolica che comprende una duplice dimensione, *ad intra* e *ad extra*» (p. 290). Sul suo oggetto – la promozione umana – si è compiuta «una evoluzione da un diritto di pretesa accentrato sulla potestà pontificia, verso un diritto di presenza e di partecipazione attiva» (p. 289). Tale evoluzione si è riflessa sia nel sistema di adattamento automatico al diritto internazionale introdotto col CIC '83, sia nell'organizzazione della diplomazia apostolica (pp. 298 ss.).

Delineati i capisaldi della questione della soggettività internazionale, Schouppe affronta il tema delle due principali prerogative connesse a tale *status* giuridico: il *ius legationis* e il *ius tractandi*. Quanto al primo aspetto, nel quadro del «diritto dei rapporti interpotestatici», un posto a sé stante merita il capitolo dedicato alle relazioni intrattenute dalla Santa Sede con le organizzazioni internazionali, e il delicato tema dell'attribuzione alla Santa Sede dello *status* di osservatore permanente presso l'ONU. Qui l'A. si sofferma sulle motivazioni a base di tale scelta (*Risol. A/58/314* e *Risol. A/58/871* Ass. Gen. ONU), la quale non inficia il principio che «la Santa Sede appartiene al c.d. sistema delle N.U.» (p. 319). A porre problemi di conformità e di mantenimento adesivo della Santa Sede al sistema

sono, semmai, gli intervenienti meccanismi di *soft law* che impongono *Treaty Bodies* agli Stati-parte e letture ideologiche circa modalità e spazi di tutela da assegnare ai diritti umani (p. 321) controbilanciate, tuttavia, da un fenomeno di «cristianizzazione dei rapporti internazionali» nascente dalle ONG di ispirazione cattolica (p. 327).

Quanto all'altro versante della soggettività internazionale (*ius tractandi*), una volta proposto un riassunto storico e una sintesi dogmatica delle teorie classiche sullo strumento concordatario, Schouppe ne chiarisce l'effettiva valenza per la Chiesa: si tratta di modelli negoziali che restano una «possibilità, non l'unica, né la migliore» per attuare quel fine fondamentale ad essi implicito e che sostanzia il «*pactum cooperationis*» e da cui si coglie che «quello che importa è evitare la confusione tra l'istituzione concordataria e il suo contenuto» (p. 337). In linea con l'evoluzione dello strumento tecnico normativo pattizio e in rapporto al nuovo ruolo negoziale riconosciuto ai Vescovi e alle Conferenze Episcopali, l'A. afferma che, ormai, l'attività concordataria «ha smesso di essere appannaggio della Santa Sede» (p. 353).

L'ultimo capitolo del libro è dedicato allo SCV e alla sua organizzazione giuridica. L'ordinamento giuridico vaticano nato nel 1929 rappresenta una «sfida (per) l'edificazione di un sistema globale che fosse in armonia con i principi giuridici (del diritto canonico) in funzione del Capo della Chiesa» (p. 367). Non si tratta, tuttavia, di un sistema rigido e chiuso in sé: la rinnovazione dei suoi pilastri normativi, compiutasi con la Legge fondamentale dello SCV del 2000 ed i successivi provvedimenti legislativi, manifesta un carattere di forte permeabilità, in grado di favorire «un filtraggio anzitutto di tipo etico nei confronti dell'ordinamento italiano e, nel contempo, una maggiore apertura nei confronti del diritto internazionale» (p. 371). Tale caratteristica si è non solo replicata attraverso la tendenziale uniformazione ai modelli *standard* internazionali in materia economico-finanziaria, oggetto delle recenti riforme volute da papa Francesco, ma ha persino prodotto fenomeni di «progressivo sconfinamento (a doppio senso) dei limiti ordinamentali tra l'ambito statuale del Vaticano e quello strettamente canonico» (p. 376).

La rapidità di sovrapposizione delle nuove a più antiche norme o dell'introduzione di formule normative o figure istituzionali con inedite capacità di controllo e gestione finanziaria ha inevitabilmente generato «problemi di coerenza normativa» e segnalato «incertezze strutturali» tutt'altro che trascurabili, perché in grado di «mettere in pericolo gli equilibri portanti e le nette distinzioni garantite dai Patti Lateranensi» (p. 378).

Fabio Vecchi

Beatrice Serra, Ad normam iuris. *Paradigmi della legalità nel Diritto canonico*, Giappichelli, Torino, 2018.

Il tema della crisi del diritto ricorre ciclicamente: Capograssi ne identifica le origini con il declino del principio di autorità, mentre Flavio Lopez de Oñate mette tale concetto in relazione con le prospettive esistenziali marcatamente egoistiche dell'uomo contemporaneo, per il quale «la giustizia diviene esigenza e pretensione immediata del singolo, il quale, scioltosi dallo Stato in quanto si scioglie (o vorrebbe sciogliersi) dal vincolo della norma, resta isolato nella società». Non manca oggi chi, come Gino Scaccia, riconduce la crisi del diritto ai processi di globalizzazione, in virtù dei quali «ambiti di vita crescenti tendono a sottrarsi alle regolazioni statali, a differenziare il loro spazio politico, economico e sociale dallo spazio pubblico istituzionalizzato, a dotarsi quindi di una propria costituzione civile» che tende a minimizzare (ovvero a neutralizzare del tutto) il ruolo del legislatore.

Beatrice Serra parte da questa visione polisemica del concetto di crisi del diritto per strutturare la sua ampia e dotta riflessione sul principio di legalità nell'ordinamento canonico: l'A. muove infatti dalla constatazione (capitolo I) che diversi fenomeni in concorrenza temporale – quali "la disarticolazione della legge-tipo in una pluralità di figure, abuso di delegificazione e sopravanzamento delle fonti primarie d'origine governativa, il prevalere del diritto giurisprudenziale sul diritto legislativo, (…) il dissolvimento della sovranità dello Stato", nonché l'irrompere di pluralità di fonti di produzione non ordinabili gerarchicamente – comportano nel momento presente "un'erosione del sistema di legalità". Tale erosione si manifesta, secondo l'A., in primo luogo nel diritto penale, ove si assiste "ad un depotenziamento (…) della riserva di legge ad opera di fonti di grado secondario o sovranazionali" e ad una predominanza del dato giurisprudenziale su quello legislativo. Segni di cedimento appaiono – ad avviso di Serra – anche nell'assetto giuridico istituzionale dell'Unione Europea: la natura pluralistica dell'assetto nel quale più soggetti esercitano la funzione legislativa in reciproca interazione e nel quale il limite d'esercizio del potere è giurisprudenzialmente identificato con la conformità ad una pluralità di regole e principi, segna – secondo Serra – un distacco dal sistema giuridico costruito sulla centralità \superiorità della legge classica.

L'A. sembra dunque proporre una teoria che vede la crisi del principio di legalità non solo strettamente avvinta all'inadeguatezza funzionale della mappa concettuale sottesa alla prevalenza della legge, ma anche in qualche modo connessa alla necessità di ripensare – all'interno del sistema delle fonti – il ruolo della funzione giudiziaria e di quella esecutiva, essendo sempre più gli interpreti e gli amministratori attori protagonisti del processo di produzione normativa.

In realtà, a questa teoria si potrebbe obiettare che – allo stato attuale – non ci troviamo di fronte ad una situazione di grave difficoltà sistematica che attraverserebbe la regolamentazione giuridica dei rapporti intersoggettivi e politici, quanto piuttosto ad una modificazione della dinamica in cui si esprime la gerarchia delle fonti e di un certo equilibrio tra i poteri dello Stato, che però non incide sulla concreta strutturazione della suddetta gerarchia e non comporta un'alterazione dei rapporti tra i suddetti poteri.

Il termine "crisi", perciò, sembra in questa prospettiva legarsi propriamente all'etimologia del sostantivo: quel verbo – κρίνω – che indica il discernimento, l'acribia nello stare davanti ad una certa situazione e a giudicarne solo dopo attenta analisi l'impatto sul reale.

Per una canonista come Beatrice Serra l'indagine sulla modificazione della dinamica in cui si esprime la gerarchia delle fonti e su un dato equilibrio tra i poteri che si muovono entro l'ordinamento non può che approdare al

sistema giuridico della Chiesa cattolica: sistema in cui, ad avviso dell'A., parrebbe a prima vista profilarsi un'incompatibilità di fondo tra natura della società ecclesiale e le visioni ideologico- politiche che vedono la legalità come principio cardine dell'ordinamento.

In particolare, secondo Serra, vi sono diversi aspetti di cui occorre tener conto:

Il principio di legalità postula la distinzione della funzione legislativa, esecutiva e giudiziaria, nonché la loro attribuzione ad organi diversi, reciprocamente indipendenti a garanzia delle libertà fondamentali dei cittadini. Il fatto che la separazione dei poteri non trovi realizzazione nell'assetto giuridico ecclesiale ha delle conseguenze sull'effettività del principio di legalità entro l'ordinamento canonico? Qui l'A. richiama (si veda il capitolo III) in modo assai pertinente la visione della Chiesa come realtà di comunione e corresponsabilità, come sacramento di salvezza in cui tutti i fedeli sono chiamati ad operare – con uguale dignità, nella diversità di funzioni – per il raggiungimento della finalità di "realizzare nell'umanità l'amore che il Padre attraverso Cristo ha riversato in essa, cioè la sua santità" ha contribuito in modo decisivo a rafforzare la visione della dimensione gerarchico-istituzionale entro la prospettiva della diakonia, ovvero dell'esercizio del potere come servizio diretto a "provvedere all'esigenza dei fedeli per guidarli alla salvezza" : una diakonia che il nuovo codice estenderà espressamente anche ai laici in forza di quanto prescritto dal can. 129 par. 2. Si realizza così la funzione strumentale-unitiva del Diritto canonico: realizzare la comunione anche attraverso lo strumento giuridico e la valorizzazione dell'uguaglianza nella diversità entro la totalità delle dimensioni costituenti l'esistenza umana . Tanto la dimensione intima-personale quanto quella sensibile-sociale trovano piena realizzazione attraverso l'autorità della Parola e del Sacramento, la quale diventa uno strumento di Grazia necessario per la realizzazione della salus animarum.

Il carattere dinamico dell'ordinamento canonico pare porsi contro il principio di legalità: in effetti, come correttamente nota Serra, la Chiesa presenta molti profili di relativizzazione dell'assolutezza della legge positiva, ed istituti quale l'equità ed il privilegio sembrano vanificare – almeno in parte – la rigidità normativa nel segno dell'eguaglianza di fronte alla legge che è al tempo stesso presupposto e scaturigine della legalità. In realtà, è forse dato spazio troppo limitato al ruolo e alla portata dell'epicheia, che – come nota Coppola – si ha in ogni specifico caso in cui il singolo ritenga di non essere obbligato a compiere la legge date le peculiarità delle circostanze in cui si trova, in modo tale che è lo stesso soggetto passivo della legge a dichiararsi esonerato dalla sua osservanza.

A questo proposito potrebbe giovare ad una lettura critica del volume di Serra il pensiero di Corecco, il quale – come è noto – ravvisa la necessità di impedire il rischio che un uso abusivo dell'epicheia dissolva l'esperienza cristiana in un'esperienza soggettivistica: al riguardo egli afferma che un atto o comportamento "contra legem", risultante da un atto epicheietico, per essere opponibile in foro esterno debba essere constatato nella sua legittimità formale da chi nella Chiesa ha potere di imperio, secondo criteri elaborati dal giudice o dal legislatore. Corecco ribadisce che, nella Chiesa come nella società civile, l'epicheia, parte della giustizia, può esser colta dal medesimo soggetto passivo della legge: se si riesce a provare la giustizia del comportamento contra legem l'epicheia dovrebbe avere efficacia giuridica formale.

La questione, con tutta evidenza, si apre alla prospettiva delineata da Javier Hervada: vi è un'irrazionalità assoluta della norma, che toglie l'obbligo morale e giuridico di seguire la legge, la quale non è una mera manchevolezza o insufficienza della legge, ma è la contrarietà all'essenza stessa della norma, alla

ordinatio rationis. Tuttavia può anche avvenire che una legge, di per sé razionale, sia da considerare invece irrazionale in un caso peculiare, date alcune circostanze non previste dalla medesima. In tal caso vi è necessità di un atto dispensatorio: Sobanski ravvisa nella dispensa un fenomeno riconducibile all'interpretazione della legge, mentre secondo Baura non si tratta di un'interpretazione in senso proprio ma di una mitigazione dei suoi effetti in un caso concreto, secondo i principi fondamentali di giustizia e di equità dell'ordinamento giuridico.

Serra dedica un'attenzione particolare al principio di legalità penale e alla sua funzione di garanzia nel sistema giuridico canonico. Qui – e ben lo ricorda l'A. – ci troviamo tuttavia di fronte alla necessità di prevenire e riparare lo scandalo, in una visione dello strumento sanzionatorio non solo in chiave retributiva o rieducativa, ma anche nella prospettiva di una prevenzione dei comportamenti devianti all'interno della Chiesa, i quali – essendo per loro indole peccati enutritivi – conducono giocoforza il soggetto in direzione ostinatamente contraria alla salvezza delle anime, la quale rappresenta lo scopo, la finalità suprema dell'ordinamento ecclesiale.

Qui si innesta una riflessione – cui l'A. dedica forse uno spazio troppo limitato – sulla crisi della pratica della legge nella società ecclesiale. Se è vero che la dottrina canonica parla di crisi della pratica della legge che appare incapace d'ordinare i rapporti intersubbiettivi all'interno della Chiesa (vuoi per disinteresse nei confronti della legge, vuoi per una sorta di "scisma verticale tra gerarchia e fedeli"), è anche vero che – ad avviso di chi scrive – non può parlarsi di un vero e proprio declino dell'efficacia ordinante della lex come formula di comando. Alcune delle più incisive riforme che stanno caratterizzando il papato di Francesco – mi riferisco alle riforme dirette alla tutela dei minori e dei soggetti vulnerabili nei confronti di abusi sessuali e a quelle relative allo svolgimento del processo matrimoniale canonico– sono state attuate attraverso lo strumento giuridico, che rappresenta comunque il mezzo attraverso il quale si è data concreta attuazione a precise linee di politica ecclesiale. Piuttosto occorrerebbe riflettere sul rapporto che esiste – nel momento presente – tra diritto canonico e pastorale, e se forse non sta proprio nella problematicità di questo rapporto la causa prima della crisi nella pratica della legge.

I capitoli IV e V del volume rappresentano un'articolata disamina del sistema delle fonti del diritto canonico e della loro gerarchia, corroborata da un'analisi storica che l'A. ha scelto di anticipare al capitolo II. Non è ovviamente questa la sede per relazionare in modo completo sul contenuto dei predetti capitoli, ma almeno due elementi devono essere messi in evidenza.

Una lunga parte della trattazione (pp. 119 – 144) è dedicata al progetto di Lex Ecclesiae Fundamentalis: si tratta di una disamina indubbiamente interessante da un punto di vista teorico, in cui l'idea di un Codice fondamentale "ius constitutionale Ecclesiae continens" appare ormai lontana e definitivamente superata. Dire che la L.E.F. potesse rappresentare "la compiuta realizzazione dell'idea di legalità propria dell'ordine giuridico canonico" (p. 126) significa però confrontarsi con le autorevoli obiezioni, secondo le quali "le due categorie di "Istituzione" e "Costituzione" hanno nella Chiesa un significato diverso da quello da loro assunto nell'ordinamento giuridico dello Stato moderno", e ciò evidenzia "la necessità, per meglio comprendere in cosa consista la Costituzione della Chiesa, di staccarsi dal riferimento ai modelli statuali; così come si avverte l'ulteriore necessità di andare oltre le norme materiali ritenute costituzionali che si rinvengono nel CIC"(Corecco).

In realtà, nella riflessione sul diritto costituzionale canonico elaborata dall'A., è nodale lo spazio dedicato agli "elementi genetici della Costituzione, nella sua essenza e nella sua

articolazione storica", che "sono da una parte la Parola e il Sacramento, dall'altra il Carisma. Quest'ultimo è sì riconducibile a Cristo come lo sono la Parola e il Sacramento, ma attraverso lo Spirito Santo che è lo Spirito di Cristo. La presenza nella Chiesa dello Spirito Santo, e perciò del Carisma, è stata garantita da Cristo stesso. Pertanto, non esiste Chiesa senza la presenza del Carisma, quale che ne sia poi lo specifico contenuto" (Corecco).

Indubbiamente l'A. dedica a questa prospettiva una riflessione compiuta nelle pagine dedicate al rapporto tra il concetto di legge come ordinatio rationis o ordinatio fidei (pp. 177 ss.), ma si ha tuttavia l'impressione che una riflessione più articolata sui rapporti tra Carisma e principio di legalità avrebbe finito con il rendere ragione in modo più compiuto delle aporie sottolineate nel capitolo I.

Ben evidenziato dal volume è il ruolo della communio come modalità specifica con la quale, all'interno della comunità ecclesiale, diventano giuridicamente vincolanti sia i rapporti intersoggettivi, sia quelli esistenti ad un livello più strutturale tra le chiese particolari e la chiesa universale" e dunque come principio formale del Diritto canonico a partire dal quale "deve essere declinata sia a livello formale che materiale la struttura giuridica degli istituti canonici" (Corecco).

L'A. insiste sul rapporto tra communio e principio di unità, un'immanenza reciproca che esiste non solo tra universale e particolare, ma anche come relazione tra Vescovo e presbiterio, tra diocesi e parrocchia, tra singolo fedele e comunità. Per cui lo stesso rapporto tra "diritto inferiore" e "diritto superiore" non si attua nella logica della gerarchia fondata sul potere, ma nello spirito del servizio alla communio che si esplicita nelle relazioni reciproche che esistono tra l'esercizio della diakonia nella Chiesa universale e in quella particolare, nonché tra il Vescovo e la sua comunità.

In definitiva il volume non si esaurisce in una semplice riflessione sul principio di legalità nell'ordinamento canonico, ma esso si concretizza in un viaggio dotto ed appassionato nel mistero del diritto entro la vita della Chiesa: una mappa concettuale che resterà riferimento obbligato per ogni studio successivo sul tema.

Vincenzo Pacillo

Stefano Testa Bappenheim, *I simboli religiosi nello spazio pubblico. Profili giuridici comparati*, Università di Camerino. Scuola di Giurisprudenza, 61, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, pp. 1- 947.

L'opera ospitata all'interno della collana della *Scuola di Giurisprudenza dell'Università di Camerino*, approfondisce, mediante l'uso di una metodologia storico-comparativa, il tema dei simboli religiosi nello spazio pubblico, questione che nell'epoca postmoderna, o secondo la declinazione di Paolo Grossi *posmoderno*, è assai rilevante quantomeno alla luce di un duplice ordine di considerazioni, fondate, *in primis*, sulla dimensione globale del tema, dettata dal fenomeno migratorio che ha condotto le società occidentali ad un confronto con culture e sensibilità religiose storicamente molto distanti, nonché la forte ascesa della tendenza a ridiscutere i concetti di laicità e neutralità dello Stato e quello di libertà religiosa. Da qui si muove l'opera non solo per giustificare ma anche per manifestare la solida e meditata scelta dell'autore di contribuire, con la Sua ponderosa opera, ad arricchire il panorama scientifico grazie ad una riflessione non più confinata alla prospettiva eurocentrica, quale confine geografico, ma spinto, in una prospettiva di diritto comparato, all'analisi del tema dei simboli religiosi nei Paesi islamici oltre che nella tradizione occidentale. La riflessione, in modo assolutamente matura e approfondito, percorre gli *itinera* classici, allorché dà conto sia sul piano tipologico che funzionale, di cosa sia un simbolo.

L'opera, matura e dotata di amplissima bibliografia, inizia con l'analisi delle definizioni teoriche generali di simbolo e di spazio pubblico, secondo le teorie di Rawls, Taylor, Habermas, e secondo l'osservazione di fenotipi concreti che travalicano l'Italia (con le sue particolari vicende storiche), giacché ai più alti livelli istituzionali di molti Paesi, come espressione dell'intima identità nazionale, si riscontra una simbologia, religiosa e non, che affonda le radici nella storia e nella cultura di ciascun Paese.

Ciò si evidenzia nel rituale dell'incoronazione inglese, che ha seguito l'evoluzione politica del Regno Unito, a seconda della religione del monarca e della situazione religiosa del Paese, e di cui viene descritta l'ultima celebrazione in ordine di tempo, quella della Regina Elisabetta II; la portata metafisica del simbolo religioso nello spazio pubblico politico è avvalorata dalla sua rilevane presenza anche nelle cerimonie d'incoronazione in Olanda, in Norvegia, e – parimenti in una prospettiva culturale pur lontanissima da quella europeo-cristiana – in Giappone, nel rito d'intronizzazione dell'Imperatore, articolato in tre fasi densissime di contenuti religiosi tali da renderlo un vero e proprio rito sacro.

Il libro analizza la dottrina dello spazio pubblico in combinato disposto con la questione dei simboli religiosi, presenti in piazze ed edifici pubblici, non solo dei Paesi occidentali, ove sono fenotipo delle loro radici storico-culturali, dato che l'uso dello spazio pubblico rispecchiava la gerarchia d'importanza espressa dal sentimento popolare, dato che la presenza di questo o quell'elemento nello spazio pubblico dipende dal radicamento socio-culturale di ciò che rappresenta, e lo spazio pubblico è un canale di comunicazione fra membri della società della stessa generazione e di generazioni differenti.

Procedendo con analisi comparata, il libro evidenzia come quest'eredità storico-culturale si sostanzi, *in primis*, nei Paesi-paradigma dei differenti tipi di laicità: vale certamente in Italia, ribadita, da ultimo, prima dal Presidente Napolitano, che ha riconosciuto l'importanza della "dimensione sociale e pubblica del fatto religioso", che "si colloca fra gli autentici valori della cultura del nostro tempo", in quella "universalità di tradizioni e di sentimenti cattolici nella vita del popolo italiano", e poi dal Presidente Mattarella, cui

si deve la sottolineatura del "rapporto davvero speciale che esiste tra la Santa Sede e l'Italia", che "affonda le radici nella sua storica peculiarità". Parimenti vale anche nel Paese dalla laïcité costituzionalizzata, la Francia, ove il Presidente Macron ha sottolineato, dapprima nel discorso d'auguri per il 2018 alle autorità religiose, il valore della religione nella storia e nella società francese, ed ha approfondito poi il concetto col discorso del 9 aprile 2018, in cui ha riconosciuto l'esistenza di legami indistruttibili fra la Nazione francese e il Cattolicesimo, sia come elementi della storia antica della Francia, sia come elementi vivi nella sua storia recente, dall'*Union Sacrée* del 1914, alla Resistenza del 1940, ai Padri dell'Europa, agli inventori dei sindacati moderni, fino ai francesi uccisi negli ultimi anni per *odium fidei*. Il Cattolicesimo fa parte della storia della Francia e dello spirito che l'ha sempre guidata, e ciò è emerso anche all'indomani dell'incendio alla cattedrale di Notre-Dame che, come ha detto il Presidente Macron, non è solo un simbolo religioso, ma anche "è la nostra storia, la nostra letteratura, la nostra immaginazione. Il luogo dove abbiamo celebrato la fine delle epidemie, delle guerre, la liberazione, essa è l'epicentro delle nostre vite". Tale valenza assume anche negli Stati Uniti, muovendo da de Tocqueville e giungendo fino a Kennedy, che affrontò la questione delle radici religiose della società statunitense, ribadendo il concetto secondo cui negli Stati Uniti vige una rigorosa separazione fra Stato e Chiese, mentre non v'è nessuna separazione fra società e religione. Ciò spiega e giustifica tutti i riferimenti a Dio ed alla dimensione religiosa della vita nazionale presenti nelle cerimonie di Stato officiate come riti della religione nazionale basata sul retaggio storico e socioculturale del popolo, e che fungono da portavoce del sentimento religioso e delle radici religiose nazionali.

Il secondo capitolo esamina, attraverso un'analisi comparata, tutte le obiezioni e le opposizioni culturali e giuridiche alla legittimità della Croce e dei simboli religiosi negli spazi pubblici. In tale prospettiva, una delle obiezioni più ricorrenti consiste nel ritenere il simbolo tautologicamente confessionale, quindi capace di condizionare la coscienza, la sensibilità di chi lo guardasse: sono simboli che hanno una particolare forza espressiva, che induce ad una riflessione interiore, che sottopone l'osservatore ad una riflessione interiore, un tentativo di conversione quasi inevitabile (trovandosi i simboli in un luogo od edificio pubblico): essi non sono affatto simboli muti, dato che hanno un'anima precisa e parlante, la quale interpella quella dell'osservatore, entrando in risonanza non con il suo lato razionale, ma con quello, appunto, emozionale; uno sguardo razionale, infatti, 'vede il simbolo' nella sua componente materiale (qualche pezzo di legno, qualche statu(in)a di plastica, qualche grossa pietra scolpita, o blocco di bronzo), mentre lo sguardo emotivo 'capisce il simbolo' nel suo esprimere l'inesprimibile.

La seconda obiezione più frequente sostiene che se lo Stato esprimesse preferenza per una data religione, con l'esposizione dei relativi simboli, anche in assenza dell'espressa previsione normativa d'una Chiesa di Stato, sarebbe evidente che, pur mancando forme di discriminazione diretta, i cittadini diversamente credenti, come pure quelli non credenti, si sentiranno di fatto discriminati, con violazione dei principi costituzionali d'eguaglianza; la terza obiezione contesta la natura culturale dei simboli religiosi. A questo profilo il libro riserva un'attenta analisi sul reale significato della controversia fra Simmaco e Sant'Ambrogio; ampio spazio è anche dedicato a genesi e portata giuridica della sentenza Lautsi-2 della CEDU.

Nel terzo e nel quarto capitolo, l'Autore ha preso in esame, a livello mondiale, la giurisprudenza dei Paesi in cui controversie sui simboli religiosi siano state portate dinanzi

alle Supreme Giurisdizioni, correlando l'analisi delle singole sentenze con l'esposizione della fondatezza, caso per caso, delle radici storico-culturali religiose, e la panoramica sulle opinioni dottrinali di commento alle sentenze de quibus, comprese la recentissima sentenza "American Legion", della Corte Suprema degli Stati Uniti, e la nuovissima legge del Québec sulla laicità dello Stato, che però non interferisce con i simboli religiosi esistenti.

Come afferma la dottrina, in conclusione, sarebbe molto semplice dire che politica e religione procedono su piani diversi, che è meglio tenerle separate. Così in effetti non è, perché entrambe si occupano della vita dell'uomo, in modo immanente l'una, trascendente l'altra, rispondendo cioè a due diverse esigenze, in merito alle quali bisogna valutare se siano sempre compatibili, e cosa fare nei casi in cui non lo fossero.

Chiunque desideri studiare il tema dei simboli religiosi nello spazio pubblico nei suoi aspetti sia giuridici che storici, non potrà non riconoscere l'assoluta rilevanza di questo libro che rappresenta un'opera fondamentale e irrinunciabile per qualsiasi studioso che intenda, in modo erudito, approfondito e rigoroso, indagare il tema dei simboli religiosi nello spazio pubblico.

Maria Paola Mantovani

Stampato in Italia

ISSN 1970-5301