



diritto & religioni

Semestrale
Anno III - n. 1-2008
gennaio-giugno

ISSN 1970-5301

5

 **LUIGI
PELLEGRINI
EDITORE**

Diritto e Religioni
Semestrale
Anno II - n. 1-2008
Gruppo Periodici Pellegrini

Direttore responsabile
Walter Pellegrini

Direttore
Mario Tedeschi

Segretaria di redazione
Maria d'Arienzo

Comitato scientifico

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

Struttura della rivista:

Parte I

SEZIONI

Antropologia culturale
Diritto canonico
Diritti confessionali
Diritto ecclesiastico
Sociologia delle religioni e teologia
Storia delle istituzioni religiose

DIRETTORI SCIENTIFICI

M. Minicuci, A. Pandolfi
A. Bettetini, G. Lo Castro,
G. Fubini, A. Vincenzo
S. Ferlito, L. Musselli,
A. Autiero, G. J. Kaczyński,
R. Balbi, O. Condorelli

Parte II

SETTORI

Giurisprudenza e legislazione amministrativa
Giurisprudenza e legislazione canonica
Giurisprudenza e legislazione civile
Giurisprudenza e legislazione costituzionale
Giurisprudenza e legislazione internazionale
Giurisprudenza e legislazione penale
Giurisprudenza e legislazione tributaria
Diritto ecclesiastico e professioni legali

RESPONSABILI

G. Bianco
P. Stefanì
A. Fuccillo
F. De Gregorio
G. Carobene
G. Schiano
A. Guarino
F. De Gregorio, A. Fuccillo

Parte III

SETTORI

Lecture, recensioni, schede,
segnalazioni bibliografiche

RESPONSABILI

P. Lo Iacono, A. Vincenzo

Direzione:

Cosenza - Luigi Pellegrini Editore
Via De Rada, 67/c
Tel. 0984 795065 - Fax 0984 792672
E-mail: info@pellegrinieditore.it

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

Redazione:

Cosenza - Via De Rada, 67/c
Tel. 0984 795065 - Fax 0984 792672
E-mail: info@pellegrinieditore.it

Napoli - Facoltà di Giurisprudenza
I Cattedra di diritto ecclesiastico
Via Porta di Massa, 32
Tel. 081 2534216/18
E-mail: mariadarioenzo@libero.it

Abbonamento annuo 2 numeri:

per l'Italia, € 75,00

per l'estero, € 120,00

un fascicolo costa € 40,00

i fascicoli delle annate arretrate costano € 50,00

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

– assegno bancario non trasferibile intestato a Luigi Pellegrini Editore.

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. Essi riceveranno n. 2 fascicoli gratuiti della rivista.

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

Autorizzazione presso il Tribunale di Cosenza.

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

ISSN 1970-5301

INDICE

Presentazione 9

PARTE I

Antropologia culturale

PINO SCHIRRIPIA

*La stregoneria nelle aule di giustizia.
Alcune riflessioni sull'Africa postcoloniale* 13

Diritto Canonico

RAFFAELE BALBI

*Consensus coactus e gravitas nella riflessione teologica
del XIII secolo* 25

ROMUALDO GAMBALE

Errore comune e forma giuridica del matrimonio 46

GAETANO LO CASTRO

*Comunicazione e conoscenza degli atti amministrativi
in diritto canonico* 64

PIERO PELLEGRINO

La convalida del matrimonio Canonico 74

CRISTINA MARIA PETTINATO

*I profili metodologici della scienza del jus publicum
ecclesiasticum nel secolo XVIII* 103

GUIDO SARACENI

*Unità fondamentale della Chiesa nella diversità
degli uffici e dei carismi* 143

GIUSEPPE SCIACCA

Principio di legalità e ordinamento canonico 150

MARIO TEDESCHI

Le prime fonti canoniche e il diritto romano 162

FRANCESCO ZANCHINI DI CASTIGLIONCHIO

*Su alcuni segni di ridimensionamento strategico dei diritti
individuali e collettivi nella Chiesa del post-concilio* 167

Diritti confessionali

GERMANA CAROBENE

*Religious symbols and the principle of "laicità"
in Italy and France* 254

ALESSANDRA D'ANTONIO

Il ripudio in diritto islamico e diritto romano 264

MARIO TEDESCHI

Diritto ecclesiastico e diritti confessionali 293

Diritto ecclesiastico

PIERO BELLINI

*Sui conflitti in materia matrimoniale fra ordinamenti
laicizzati e ordinamenti a ispirazione confessionale cattolica* 298

ILIA PASQUALI CERIOLI

*La «maggiore disponibilità» nei confronti del diritto
canonico matrimoniale: una formula «ellittica» al vaglio
dell'evoluzione dell'ordine pubblico* 344

MARIA D'ARIENZO

*Francesco Scaduto candidato al Parlamento
Un episodio inedito nella sua biografia* 368

FLAVIA PETRONCELLI HÜBLER

Note a margine degli interventi in materia di "convivenze" 409

MARCELLO SALEMME

La vita come diritto indisponibile 426

RAFFALE SANTORO

*Trascrizione post mortem del matrimonio canonico
e libertà religiosa* 443

ROBERTA SANTORO

Le religioni come valori e il diritto sanitario 457

MARIO TEDESCHI

Il diritto ecclesiastico nell'alveo delle discipline pubblicistiche 471

STEFANO TESTA BAPPENHEIM

*In utroque iure: i Tribunali ecclesiastici
e l'esimente ex art. 598 c.p.* 481

FABIO VECCHI

*Fondazioni bancarie, libertà sociali e finalità
di interesse religioso* 506

Sociologia delle religioni e teologia

ANNA MARIA LEONORA

Le economie carismatiche nella Chiesa cattolica a Catania 519

Storia delle istituzioni religiose

ALESSANDRA D'ANTONIO

La tortura dei cristiani 551

Argomenti, dibattiti, cronache

GUIDO FUBINI

Chi è Cesare 568

FABIO VECCHI

*Spunti critici attorno ai temi del «relativismo etico»
in democrazia, del dialogo, e dei principi
«non negoziabili» dalla Chiesa* 572

Rileggere i Maestri

| | |
|---|-----|
| FRANCESCO ZANCHINI DI CASTIGLIONCHIO | |
| <i>Presentazione</i> | 590 |
| <i>“Dic ecclesiae” (Mt 18, 15-17+18).</i> | |
| <i>Lettura storico-critica Giuseppe Barbaglio</i> | 591 |
| ANTONIO FUCCILLO | |
| <i>Il valore della tradizione dottrinale: riappare dall’oblio</i> | |
| <i>il Manuale di Antonio Traverso</i> | 603 |

PARTE II

Giurisprudenza e legislazione amministrativa

| | |
|---|-----|
| - <i>Presentazione</i> | 611 |
| - <i>Tribunale Amministrativo Regionale della Campania,</i> | |
| <i>Sez. VIII di Napoli, 29 gennaio 2007, n. 739</i> | 612 |
| FLAVIANA MARGHERITA D’AMICO | |
| <i>Oneri di costruzione ed opere realizzate da enti ecclesiastici</i> | 614 |
| <i>Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia,</i> | |
| <i>Sez. II di Lecce, 27 luglio 2007, n. 3015</i> | 626 |
| CLAUDIA CIOTOLA | |
| - <i>L’accesso a documenti contenenti dati «ultra sensibili»</i> | |
| <i>e i giudici canonici di nullità matrimoniale</i> | 630 |
| - <i>Tribunale Amministrativo Regionale per l’Emilia Romagna,</i> | |
| <i>Sez. I di Bologna, 26 ottobre 2007, n. 2512</i> | 637 |

Giurisprudenza e legislazione canonica

| | |
|--|-----|
| - <i>Presentazione</i> | 645 |
| - <i>Litterae apostolicae motu proprio datae Benedictus XVI</i> | |
| <i>Summorum pontificum</i> | 646 |
| PASQUALE COLELLA | |
| - <i>Considerazioni sul “motu proprio” di Benedetto XVI</i> | |
| <i>“Summorum Pontificum”</i> | 650 |
| - <i>Litterae apostolicae motu proprio datae. De Aliquibus</i> | |
| <i>mutationibus in normis de electione romani pontificis</i> | |
| <i>Benedictus XVI</i> | 654 |
| CARMELA VENTRELLA MANCINI | |
| - <i>Principio di maggioranza e rappresentatività nel riformato</i> | |
| <i>sistema di elezione del vescovo di Roma</i> | 655 |
| - <i>Comitato per gli enti e i beni ecclesiastici -</i> | |
| <i>Roma, 27 giugno 2007</i> | 663 |
| MARIO FERRANTE | |
| - <i>Note critiche sulla competenza dei Tribunali ecclesiastici</i> | |
| <i>diocesani in materia di titoli nobiliari e sulla loro acquisibilità</i> | |
| <i>per adozione nel diritto canonico</i> | 666 |
| - <i>Tribunale Ecclesiastico Regionale Siculo, 26 gennaio 2007</i> | 678 |

Giurisprudenza rotale

- *Tribunale Apostolico della Rota Romana*, 16 dicembre 2004 688
- *Tribunale Apostolico della Rota Romana*, 16 giugno 2005 697
- *Tribunale Apostolico della Rota Romana*, 3 marzo 2006 707

Giurisprudenza e legislazione civile

- *Legge 2 Agosto 2007, n. 130: "Modifiche alla legge 8 luglio 1998, n. 230, in materia di obiezione di coscienza"* 716
- *Ministero dell'Interno. Circolare 16 febbraio 2007, n. 6: "Chiarimenti interpretativi in ordine al limite territoriale alla celebrazione di matrimoni da parte di ministri di culto diversi da quello cattolico"* 717
- *Cassazione, Sez. civ. III, sentenza 2-27 marzo 2007, n. 7449* 718

ANTONIO FUCCILLO

- *Ite Misa est! Danno morale, danno esistenziale, danno patrimoniale, per errata celebrazione di Messa* 719
- *Corte di Cassazione, Sentenza 16 ottobre 2007, n. 21748* 726
- *Corte di Appello di Roma, Sentenza 4 aprile 2007* 746
- *Corte di Appello di Roma, Sentenza 18 aprile 2007* 753
- *Tribunale Civile di Milano, Sezione immigrazione, Sentenza 2 febbraio 2007* 759

Giurisprudenza e legislazione costituzionale

- *Corte Costituzionale, 18 ottobre 1995, n. 440* 761
- *Corte Costituzionale, 14 novembre 1997, n. 329* 767
- *Corte Costituzionale, 18 aprile 2005, n. 168* 771

Giurisprudenza e legislazione internazionale

GERMANA CAROBENE

- *L'affaire di Scientology. La legittimazione in via giudiziaria di una confessione religiosa nelle moderne società democratiche e nella protezione "europea" della libertà di religione* 774

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

- *IV sez., 27 febbraio 2007, n. 952/03, B. Adev rat Ortodox Din Moldova and others v. Moldova [estratto]* 792
- *V sez., sent. 12 aprile 2007, ric. n. 52435/99, Ivanova c. Bulgaria [estratto]* 792
- *Ancienne II se., sent. 3 maggio 2007, ric. n. 71156/01, 97 Membres de la Congrégation des Témoins de Jéhovah de Gldani et 4 autres c. Géorgie [estratto]* 793
- *V sez., sent. 14 giugno 2007, ric. n. 77703/01, Svyato – Mykhaylivska Parafiya v. Ucraina [estratto]* 793

USA

- *Supreme Court the United States: Case Parents involved in Community Schools v. Seattle School District, 28 giugno 2007, n. 05-908 [estratto]* 794

CONSIGLIO D'EUROPA

- *Recommendation 29 June 2007, n. 1804 (2007)
State, religion, secularity and human rights [estratto]* 794
- *Recommendation 29 June 2007, n. 1805 (2007)
Blasphemy, religious insults and hate speech against
persons on ground of their religion [estratto]* 795
- *Recommendation 4 October 2007, n. 1580 (2007)
The dangers of creationism in education [estratto]* 796

ALGERIA

- *Loi n. 06-09 du 18 Rabie El Aouel 1427, correspondant
au 17 avril 2006, portant approbation de l'ordonnance
n. 06-03 du 29 Moharram 1427, correspondant
au février 2006, fixant les conditions et règles d'exercice
des cultes autres que musulman* 797
- *Ordonnance n. 06-03 du 29 Moharram 1427, correspondant
au 28 février 2006, fixant les conditions et règles d'exercice
des cultes autres que musulman* 798

INDIA

- *Rajasthan Freedom of Religion Bill, n. 12/2006,
22 december 2006 [progetto di legge]* 800

SPAGNA

- *Real Decreto 696/2007, de 1 de junio, por el que se regula
la relación laboral de los profesores de religión prevista
en la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 2/2006
de 3 de mayo, de Educación* 801
- *Real Decreto 1138/2007, de 31 de agosto, por el que se
modifica el Real Decreto 369/1999, de 5 de marzo, sobre
términos y condiciones de inclusión en el Régimen General
de la Seguridad Social de los ministros de culto de las
iglesias pertenecientes a la Federación de Entidades
Religiosas Evangélicas de España* 806
- *Audiencia nacional Inscripción de la Iglesia de scientology
de Espana en el Registro de entidades religiosas
11 ottobre 2007, n. 352/2005 [estratto]* 807

Giurisprudenza e legislazione penale

- *Presentazione* 809
- *Corte di Cassazione, Sez. penale V, 2 agosto 2007, n. 31510* 810
- *Corte di Appello di Roma, sez. I penale, 25 giugno 2007, n. 4266* 812

VALERIA ORLANDO

- *Propagazione di onde elettromagnetiche e reato ex art. 674 c.p.* 817
- *Tribunale di Mondovì, 22 maggio 2007, n. 100* 830

Giurisprudenza e legislazione tributaria

- *Legge 24 dicembre 2007, n. 244, art. 3, commi 5, 6, 7 e 8* 836

ANTONIO GUARINO

- *Postilla in tema di partecipazione degli enti religiosi*

al riparto del 5 per mille 837

Documenti

- *Carta dei valori* 841

PARTE III

Lecture

- Piero Bellini, *Il diritto di essere se stessi. Discorrendo dell'idea di laicità* (MARIO TEDESCHI) 849

- Chiara Corbo, *Paupertas. La legislazione tardoantica* (MARIA D'ARIENZO) 854

- Card. Angelo Sodano, *Il lievito del Vangelo. La presenza della Santa Sede nella vita dei popoli* (SALVATORE PESCE) 858

- Stefano Testa Bappenheim, *Il danno da uccisione di religioso, negli ordinamenti francese, tedesco ed italiano* (MARTA TIGANO) 868

Recensioni

- Aa.Vv., *Matrimonium et ius. Studi in onore del Prof. Avv. Sebastiano Villeggiante* (PIETRO LO IACONO) 879

- *Le fabbricerie. Diritto, cultura, religione. Atti della Giornata di studio*, a cura di Josè Ignacio, Alonso Pérez (GIULIANA SCHIANO) 885

- G. Barberini, *L'ostpolitik della Santa Sede. Un dialogo lungo e faticoso* (F. PETRONCELLI HÜBLER) 889

- F. Botti, *L'eutanasia in Svizzera*, Seminario giuridico dell'Università di Bologna (MARCELLO SALEMME) 893

- A. De Oto, *Precetti religiosi e mondo del lavoro. Le attività di culto tra norme generali e contrattazione collettiva* (ANGELO LICASTRO) 895

- Francesco Finocchiaro, *Diritto Ecclesiastico – Edizione compatta* (GIULIANA SCHIANO) 898

- M.C. Folliero, *Diritto ecclesiastico. Elementi. Principi non scritti. Principi scritti. Regole* (F. PETRONCELLI HÜBLER) 900

- B. Serra, *Arbitrium et aequitas nel diritto amministrativo canonico* (F. PETRONCELLI HÜBLER) 902

- A. Zanotti, *Il matrimonio canonico nell'età della tecnica* (GERMANA CAROBENE) 905

Presentazione

Il presente numero della Rivista è certamente più ricco di contributi nei settori *Diritto canonico* e *Diritto ecclesiastico*, anche che se non mancano scritti in tutte le altre sezioni. Si sono articolate ulteriormente le rubriche riguardanti *Argomenti, dibattiti, cronache* e *Rileggere i Maestri*.

La giurisprudenza è corredata da numerose note a sentenza e da presentazioni riassuntive che si pensa in futuro di incrementare. Da questo numero è iniziata una collaborazione con la Rota Romana, per cui si pubblicano tre sentenze abbastanza recenti. Nella *Legislazione* il *Motu proprio* di Benedetto XVI *Summorum Pontificum*, tra i *Documenti* la *Carta dei valori*.

Ricca anche la Parte III riguardante *Lecture e Recensioni*.

Non siamo riusciti a diminuire la corposità del volume. Ciò in parte si spiega per il fatto che la Rivista ha scadenza semestrale ma sottolinea anche la sua necessità.

A tutti coloro che hanno collaborato a questo numero: autori, redattori, collaboratori, vada il mio più sentito ringraziamento.

Mario Tedeschi

Diritto e religioni

PARTE I

*La stregoneria nelle aule di giustizia.
Alcune riflessioni sull’Africa postcoloniale*

PINO SCHIRRIPA

In questo contributo vorrei analizzare da una prospettiva particolare, quella dei processi penali per stregoneria, alcune dinamiche sociali e culturali che attraversano l’Africa postcoloniale. La prospettiva da me scelta può apparire fin troppo decentrata, poiché il tema della stregoneria normalmente evoca scenari ancestrali e in via di sparizione grazie ai processi di modernizzazione. Ci si potrebbe perciò chiedere quanto un argomento che sembra residuale possa dare la misura di dinamiche sociali attuali.

In realtà la stregoneria, a dispetto di quanti hanno pensato che fosse un fenomeno votato all’estinzione con l’affermarsi delle moderne società urbane e tecnologiche, sembra conoscere oggi un rinnovato vigore. Questo non nelle analisi degli antropologi e di altri scienziati sociali, quanto nelle pratiche, e soprattutto nelle narrazioni, che quotidianamente si costruiscono nelle principali città africane. Del resto molti antropologi, e non solo, hanno riportato come negli ultimi dieci o quindici anni, siano aumentati i delitti legati a sospetti di stregoneria e, come vedremo, questa è entrata anche nelle aule di giustizia¹.

La stregoneria insomma permea gran parte delle interazioni e dei processi sociali dell’Africa contemporanea e anche un attento studioso come Serge Latouche, ad esempio, riflettendo sul caso camerunense ha dovuto notare come non sia possibile parlare oggi della economia senza far riferimento alla stregoneria (LATOUCHE S. 2000 [1998])

Per poter meglio contestualizzare la mia analisi procederò proponendo prima una breve ricognizione di come il tema della stregoneria sia stato analizzato dai principali antropologi, per poi soffermarmi sulle proposte analitiche più recenti. In seguito descriverò il caso del Camerun entrando nello specifico della relazione tra stregoneria e aule di giustizia.

¹ La letteratura su questo tema è ormai di vaste proporzioni, per brevità si rimanda in questa sede a MOORE H.L. – SANDERS T. (curr.) 2001.

1. *Le antropologie della stregoneria*

Ancor prima di *Stregoneria, Oracoli e magia tra gli Azande* di Evans-Pritchard (EVANS-PRITCHARD E.E. 1976 [1937]), e certamente in misura maggiore dopo la pubblicazione di quel testo, la stregoneria ha spesso rappresentato un luogo privilegiato di riflessione per le antropologie africaniste. Uno dei punti di vista più opportuni per leggere e analizzare le dinamiche sociali e culturali delle società africane.

Il testo di Evans-Pritchard sicuramente ha fatto giustizia delle facili letture che vedevano nella stregoneria un insieme di pratiche superstiziose, magari specchio di una mentalità pre-logica, imponendo alla comunità degli antropologi, e non solo, un livello di riflessione più complesso che tenesse in conto la sottesa razionalità di quelle pratiche, la loro natura di sistema e la logica sociale che le governa:

«Rompendo con le convenzioni etnografiche precedenti, convenzioni secondo cui le idee magiche e mistiche erano presentate come un catalogo di credenze irrazionali e scollegate, egli evidenziò che esse non erano una quantità eterogenea di nozioni disperate ma piuttosto un insieme sistematico di idee sulla causalità sociale della sfortuna» (MOORE S.F. 2004 [1994]: 41).

In breve Evans Pritchard dimostra, partendo proprio dal suo caso etnografico, come la stregoneria sia un sistema coerente di idee, basato sulla causalità di ciò che accade; un sistema che oltretutto si autogiustifica e che dunque resiste a prove empiriche che possano metterlo in causa. Insomma, nel linguaggio popperiano, la stregoneria secondo Evans Pritchard sarebbe un “sistema chiuso”, la cui finalità ultima sarebbe quella di spiegare gli eventi negativi e soprattutto le morti altrimenti inspiegabili. Dunque si presenta proprio come un insieme di idee e pratiche che permettono di fornire una spiegazione, socialmente accettata e condivisa, degli eventi negativi.

Successivamente a questo testo seminale, i resoconti etnografici della prima parte del XX secolo, che si concentrarono principalmente sulla vita nei villaggi tradizionali tentando così di ricostruire le società indigene – in quanto sistemi sociali – per come erano “prima” della dominazione occidentale, fornirono un quadro atemporale – fortemente contestato negli ultimi decenni (ad es. FABIAN J. 2000 [1983]) – in cui le dinamiche di mutamento connesse alla colonizzazione erano spinte ai margini dell’analisi. In quell’orizzonte conoscitivo le pratiche della stregoneria erano lette soprattutto nel loro aspetto di meccanismo di regolazione sociale teso al mantenimento dell’equilibrio:

«Le accuse di stregoneria, le tensioni sociali e le fissioni da esse generate, quasi letteralmente, facevano la storia. Comunque, la focalizzazione sugli aspetti normativi e morali – visti come meccanismi per mantenere la stabilità della società – aveva come risultato l'enfasi sull'omeostasi: la stregoneria come valore di pressione, un mezzo per risolvere le tensioni in modo che il cambiamento non potesse aver luogo» (MOORE H.L. – SANDERS T. 2001: 8).

Questo è anche il paradigma entro cui vanno inserite le analisi di Vinigi Grottanelli sulla stregoneria nzema (GROTTANELLI V.L. 1976, 1978)

Quando il principale interesse degli studiosi si spostò dai meccanismi di conservazione della coesione e dell'equilibrio sociali all'analisi delle dinamiche di mutamento, il modo in cui ci si accostava alla comprensione delle pratiche di stregoneria, e soprattutto dei culti antistregonici, mutò radicalmente. Ciò si accompagnò, e fu in parte provocato, dalla constatazione che i mutamenti sociali ed economici in atto nelle colonie africane non avevano scalfito le “credenze” riguardo la stregoneria. Anzi, in diverse situazioni, esse erano più che mai vive e in espansione, come ad esempio in quella porzione di Ghana investito fortemente dal mutamento economico e sociale indotto dalla introduzione della coltivazione intensiva del cacao e dal conseguente arrivo di manodopera immigrata dalle aree povere del paese (FIELD M.J. 1940, 1960). L'orizzonte ideologico e le pratiche relative alla stregoneria non potevano pertanto essere confinate alla vita dei villaggi, considerate come un residuo ancestrale destinato ad affievolirsi. Studiosi come Margaret Field, Audry Richards (RICHARDS A. 1935) e altri rilevarono la forte connessione tra l'espandersi dei complessi di idee e pratiche relative alla stregoneria e i nuovi assetti sociali imposti dalla modernizzazione. La persistenza, e spesso la diffusione, di tali idee e pratiche era vista come il risultato dei disagi della modernizzazione, come la risposta che il mondo indigeno forniva all'avanzare di un nuovo ordine sociale che lo aveva irrimediabilmente messo in crisi. Se dunque la stregoneria persisteva nei nuovi contesti sociali, era perché consentiva di ripondere all'insicurezza da questi generati, e più in generale era il sintomo del disordine e dell'instabilità prodotte dal rapido mutamento degli equilibri sociali e di potere.

Negli anni '90 l'interesse degli antropologi per la stregoneria ha conosciuto un rinnovato vigore (ad esempio COMAROFF J. - COMAROFF J.L. (curr.) 1993, GESCHIERE P. 1995). Molto spesso gli studi sono stati condotti in aree urbane, luoghi in cui tali pratiche sembrano espandersi sempre di più. Ciò che nota Misty Bastian per le città nigeriane, ha senza dubbio valore per la maggior parte delle realtà metropolitane africane:

«Le città e i loro satelliti suburbani hanno infatti rimpiazzato molte delle vecchie aree forestali della Nigeria meridionale [...]. La scomparsa degli alberi e del sottobosco non ha necessariamente significato, nell'immaginario dei [nigeriani] meridionali, la scomparsa di quelle entità spirituali che un tempo avevano fatto di quelle aree la loro casa. Invece di diventare disincanate, le città nigeriane hanno dato luogo a una magia moderna: le creature della foresta si reinventano come imprenditori [...], [trovando] il modo migliore per prendere al laccio le loro antiche vittime: gli esseri umani» (BASTIAN M.L. 2001:75)

Le analisi contemporanee sulla stregoneria rifiutano esplicitamente l'idea che la sua persistenza sia legata al "disagio della modernizzazione". Quel che viene rifiutato è proprio il paradigma teorico della modernizzazione, l'idea che le società africane stiano compiendo un cammino dalla "tradizione" verso la "modernità".

Nell'introduzione a *Modernity and its malcontents* Jean e John Comaroff (COMAROFF J. - COMAROFF J.L. 1993) affermano che quella della modernizzazione sarebbe l'ultima grande narrazione dell'Occidente moderno. L'unica che ancora resiste. La grande narrazione, per come essa è intesa da Lyotard, è lo strumento che nell'Occidente moderno ha dato validazione politica e sociale al sapere. Le grandi narrazioni altro non sono che i grandi sistemi teorici, e retorici, che legittimavano le società o la critica di esse (la realizzazione dello Spirito; l'eguaglianza di opportunità dei cittadini nella società di mercato; la società senza classi), e orientavano l'azione. Oggi i grandi sistemi sono in crisi, non forniscono legittimità e validazione universali e non orientano le azioni.

«L'avvio della condizione postmoderna coincide, quindi, con la sfiducia nei confronti delle metanarrazioni e con l'inaugurazione di un processo delegittimante. Il declino del narrativo e la crisi della dimensione legittimante, pensata come fondamento e narrazione onnicomprensiva risultano essere il dato di fatto, oltre che il tratto saliente, della postmodernità». (PATELLA G. 1990: 31)

Nella nostra epoca postmoderna il sapere onnicomprensivo e totalizzante dei grandi racconti ha ceduto il passo a saperi parziali, provvisori, locali. Eppure, ci dicono i Comaroff, la grande narrazione della modernizzazione resiste. Essa consiste in «una narrativa che sostituisce le relazioni proteiformi ed ineguali tra "noi" e gli "altri" nella storia del mondo, con una semplice, epica storia del passaggio dal selvaggio alla civiltà, dal mistico al mondano» (COMAROFF J. - COMAROFF J.L. 1993: XII).

Il bersaglio polemico dei Comaroff è teleologia implicita al paradigma della modernizzazione, che legge proprio la modernizzazione come un progressivo avvicinarsi al modello occidentale. L'introduzione della società di mercato, e più in generale dei valori dell'Occidente, comporterebbe un accostamento alla modernità per come essa, storicamente, si è configurata nell'Occidente euroamericano. Una tale visione è oggi messa in questione da quanti insistono sulla pluralità delle modernità (coniando il neologismo inglese di *modernities*). Assumere la molteplicità delle modernità (intese come esperienze storiche peculiari e non replicabili altrove) significa convenire sul fatto che esista una costruzione e ricostruzione di programmi culturali e assetti sociali molteplici, che non posso essere visti come un progressivo ridursi a un modello dominante. In tal senso la nozione di modernità multiple ha in sé implicito il rifiuto del paradigma della modernizzazione.

In questo contesto teorico il modo di interpretare la stregoneria muta radicalmente:

«Il punto sul quale gli studiosi che hanno lavorato in questi ultimi anni sulla stregoneria dissentono dai loro predecessori non è l'insistenza sul mutamento sociale, né la nozione che la stregoneria sia una risposta al mutamento sociale, quanto invece il fatto che essa operi in quanto parte e porzione della modernità in sé. In altre parole, gli studiosi contemporanei della stregoneria pongono le credenze e le pratiche occulte non solo come contigue alla modernità, ma come costitutive della modernità». (MOORE H.L. – SANDERS T. 2001: 11-12)

La stregoneria dunque non è più vista come una risposta ai disagi della modernità, ma come parte costitutiva di quella peculiare esperienza storica che è la modernità per come essa si configura, in maniera plurale, nelle realtà africane. La stregoneria si mostra essere non un retaggio del passato e un sistema chiuso, quanto un idioma flessibile, un paradigma mutevole i cui contenuti possono variare e riconfigurarsi. È in tal senso che essa può, mutando i contesti, rimanere operativa. La stregoneria, più che una credenza, appare uno strumento di diagnosi sociale.

È in questa prospettiva analitica che va letto il caso del Camerun che descrivo qui di seguito.

2. Il caso del Camerun: stregoneria come freno allo sviluppo o arma politica?

Per molti anni Peter Geschiere, antropologo olandese che tra i primi ha proposto analisi innovative sulla stregoneria (GESCHIERE P. 1995), ha svolto

ricerche sul campo in Camerun producendo una vasta serie di resoconti, alcuni dei quali scritti assieme al collega Cyprian F. Fisiy. Partendo proprio da un resoconto scritto congiuntamente dai due antropologi (FISIY C. F. - GESCHIERE P. 2000), discuterò il caso del Camerun.

Come in molti paesi africani, in Camerun negli ultimi decenni la produzione di discorsi sulla stregoneria sembra aver assunto un'importanza fondamentale e non c'è sfera della vita pubblica che non ne sia coinvolta. Anche i discorsi sul potere politico sono riportati nel linguaggio della stregoneria. È il caso delle voci diffuse² che riguardano l'attuale presidente camerunense Biya e il suo partito (*Cameroon people's democratic movement*):

«[...] Le morti di familiari (per esempio Jeanne-Irene Biya) e di stretti collaboratori del presidente Biya (Motaze Roger, Jean Assoumou e Jean Fochive) sono state associate con le voci che insistono sul fatto che siano stati sacrificati alle forze occulte perché il presidente potesse superare le sue difficoltà politiche. La sopravvivenza politica, secondo tali voci, è garantita da sacrifici umani alle forze occulte. In un contesto in cui il voto popolare è stato reso inefficace dalla bramosia di potere e da altri meccanismi, la legittimità deve essere conferita da meccanismi meno visibili delle elezioni formali» (NYAMNJOH F.B. 2000: 36).

La stregoneria, in questo contesto, può essere vista come una forza affatto ambivalente: da un lato permette l'accumulazione di potere, dall'altro è un meccanismo livellante. Chi usa la stregoneria può, attraverso gli incantamenti e anche i sacrifici – compresi quelli umani –, accumulare ricchezze e potere (come si è visto nei *rumors* associati al presidente), ma allo stesso tempo essa è l'arma che viene usata contro gli uomini di successo da vicini e parenti poveri e gelosi. In questo ultimo caso, la stregoneria, o meglio la paura di essere attaccati tramite stregoneria da un parente o un vicino invidioso, funziona come meccanismo regolatore, poiché impedisce di esibire le proprie fortune e, ancor di più, invita chi ha successo, proprio per paura delle ritorsioni magiche, a dividerlo con i propri parenti.

Il Camerun, come gran parte dei paesi africani, ha ereditato le leggi del periodo coloniale. Tornerò in seguito sulla legislazione coloniale riguardo la

² Traduco così il termine inglese “*rumors*” che, negli ultimi anni, è diventato sempre più usato nelle etnografie africaniste. Con questo termine si vuole intendere, in questi contesti, non tanto il pettegolezzo, quanto invece l'insieme delle voci che si diffondono non attraverso vie ufficiali, ma nelle interazioni quotidiane tra la gente comune o anche attraverso particolari *medie* quali la radio e la stampa popolare e che assumono spesso il carattere di una contronarrativa che si oppone alle interpretazioni ufficiali ed egemoniche.

stregoneria, per ora per quel che riguarda il periodo postcoloniale basta dire che il Codice penale camerunense del 1967 prevedeva che gli atti di stregoneria fossere punibili in quanto disturbo all'ordine pubblico, e tentativo di violare l'integrità fisica o le proprietà altrui (FISIV C. F. - GESCHIERE P. 2000: 234). In questo caso la legge tende a punire chi coscientemente cerca di danneggiare gli altri con mezzi magici, ma anche quanti affermino pubblicamente che qualcuno usi la stregoneria.

La logica a cui risponde questa ambivalenza è che quel che si vuole contrastare, in un regime monopartitico come era quello camerunense fino ai primi anni '90, è la possibilità di un potere che sfugga al controllo dello Stato:

«Ogni fonte alternativa di potere che non fosse mediata dalle istituzioni dello Stato era vista – specialmente dai burocrati locali, come i prefetti e i sottoprefetti – come qualcosa che potesse minare i punti nevralgici del comando e del controllo. La natura elusiva ed enigmatica della stregoneria e la mancanza di materialità nelle sue pratiche e manifestazioni la rendevano ancora più minacciosa agli occhi dell'amministrazione. Era percepita come come una forza controposta che non poteva essere controllata dai poteri ufficiali» (FISIV C. F. - GESCHIERE P. 2000: 235)

La stregoneria era dunque perseguitata in quanto considerata una forza minacciosa rispetto all'ordine pubblico e per il suo potenziale carattere sovversivo denotato dalla impossibilità, per le forze ufficiali di tenerla sotto controllo.

Da questo punto di vista il codice penale del 1967 mostra una certa continuità con la legislazione del periodo coloniale. In effetti il codice coloniale riposava su una ambiguità di fondo: da una parte riconosceva che la stregoneria poteva ricadere sotto l'ambito giudiziario, dall'altro ne negava la sua fattualità. La considerazione della stregoneria nel codice invariabilmente ricadeva in un più ampio discorso sulla modernità, o meglio sulla modernizzazione. Innanzi tutto affinché i casi di stregoneria potessero arrivare davanti alla corte vi era bisogno che ci fosse una prova concreta. Si insisteva cioè sulla materialità dell'atto, che contrastava con la natura elusiva e invisibile della stregoneria. Tutto ciò perché vi era una assunzione di fondo da parte dei legislatori coloniali: quella che la stregoneria fosse frutto della distorsione di menti primitive e prigioniere di una logica pre-scientifica; da questo punto di vista l'educazione e l'avanzare della civiltà e della tecnologia avrebbero permesso di sbarazzarsi di queste credenze. Ovviamente in tale discorso era negletta non solo la natura sociale della stregoneria, ma tutto il suo contenuto simbolico che andava invece letto e valutato nel contesto culturale in cui essa agiva. Questo atteggiamento portava con sé una conseguenza paradossale. Poiché

si negava la fattualità della stregoneria, ad essere puniti erano soprattutto quelli che accusavano qualcuno di usare la stregoneria; inoltre erano vietati gli atti magici tesi a scoprire gli stregoni ed ogni punizione nei loro confronti. In tal modo, agli occhi di molti nativi, il governo coloniale era visto come un protettore, se non un complice, degli stregoni stessi.

Si diceva che il codice del 1967 manteneva la stessa ambiguità. In effetti anche in questo caso il problema è quello della materialità della stregoneria. Da una parte la sua immaterialità era percepita come minacciosa perché sfuggiva alle maglie del controllo; dall'altra, proprio perché immateriale, era impossibile ridurla a un problema giudiziario in quanto non vi erano prove positive, materiali, del suo funzionamento. In realtà la legge puniva molto più chi accusava qualcuno di stregoneria – poiché in tal modo recava disturbo all'ordine pubblico – che chi era accusato di usare mezzi magici per danneggiare qualcuno, cosa questa difficile da provare in termini positivi (FISY C. F. - GESCHIERE P. 2000: 237).

Le cose cambiano nel corso degli anni '80, quando da una parte vengono accettati i guaritori tradizionali come testimoni nelle aule giudiziarie, nella loro veste di *witch-finder*, cioè di scopritori di stregoni. Poiché l'attività di *witch-finding* è essenzialmente basata su procedure magiche, viene a cadere l'idea della positività, e della fattualità, della prova giudiziaria.

Fisy e Geschiere riportano un altro esempio ancora più interessante, che riguarda un giudizio di una corte, in cui un uomo accusava la sua amante di averlo reso impotente:

«Nel giudizio la corte di appello scrive: “considerando il fatto che la stregoneria non può essere provata scientificamente; considerando il fatto che la medicina moderna è inefficace in questi casi; si afferma che solo la ferma convinzione del giudice può guidarlo durante l'esame in giudizio”. Questo è un classico esempio di come le corti tentano di riconciliare diverse forme di conoscenza. Si riconosce che la stregoneria non può essere provata scientificamente, ma enfatizza allo stesso tempo come la medicina moderna non possa provare se l'impotenza sia stata o no causata dalle stregoneria. La corte decise [...] che l'accusata era colpevole e la condannò a 8 anni di prigione. La prova finale in questo caso, come in molti altri, riposava sul nebuloso concetto della ferma convinzione del giudice» (FISY C. F. - GESCHIERE P. 2000: 235).

3. *Stregoneria, immaginazione critica e contesa politica*

Come si giustifica questo cambiamento di prospettiva? Probabilmente le cause sono molteplici, ma credo che vada sottolineato, come fanno Fisy e

Geschiere, che sicuramente tra questi c'è la percezione sempre più forte in Camerun che gli atti di stregoneria agiscano come forza contraria allo sviluppo del Paese. Ritorna qui il concetto duplice della stregoneria come forza levelatrice e come strumento di potere. Chi, nel nuovo clima economico, poteva arricchirsi era subito guardato come qualcuno che usava i poteri occulti; nello stesso tempo vi era un certo timore a intraprendere iniziative private perché si temeva che i parenti e i vicini invidiosi, in caso di successo della iniziativa, potessero usare la stregoneria. Tanto le voci diffuse contro i “nuovi ricchi”, quanto la paura della gente che una iniziativa di successo potesse comportare nefaste conseguenze erano interpretate dal potere politico come freni allo sviluppo. In tal modo l'uso della giustizia come mezzo per reprimere la stregoneria, diventa essenzialmente un'arma politica.

Nelle aule di giustizia sembra trasferirsi un confronto che investe in realtà molte società africane. Il modello neoliberista che si è imposto negli ultimi decenni ha comportato l'esacerbarsi di differenze sociali già marcate; nello stesso tempo l'ingresso su vasta scala di merci ha creato una serie di desideri e bisogni che per molta parte della popolazione non possono essere soddisfatti. Il linguaggio della stregoneria permette di mediare culturalmente la complessità di questa situazione sociale ed esistenziale.

Data la sua natura sfuggente e multiforme, i discorsi sulla stregoneria sono capaci di produrre significati sempre nuovi. Oggi parlare di stregoneria significa discutere delle nuove possibilità di accumulazione del denaro (poiché la stregoneria consente l'accesso alle potenti forze occulte e mediante ciò all'accumulazione di ricchezze), e per lo stesso motivo di riflettere sulle ineguaglianze di accesso alle risorse. Le forze occulte diventano, nella produzione di discorsi e nelle quotidiane voci diffuse nelle realtà urbane e rurali, la naturale mediazione per penetrare il mondo, parimenti occulto, delle grandi forze economiche che governano il pianeta.

Questa analisi si basa ovviamente su un diverso modo di leggere la produzione di discorsi, per quanto fantasmatici, e su una differente valutazione della immaginazione, principalmente come pratica sociale e forma di critica sociale. In molti lavori degli ultimi due decenni l'immaginazione è stata intesa non come fantasia o come fuga da una realtà difficile da pensare o accettare, ma piuttosto come un mezzo attraverso cui gli individui tentano di comprendere la loro realtà sociale e provano a pensare i possibili mutamenti³. Scrive, ad esempio, Arjun Appadurai:

³ Si vedano ad esempio ANDERSON B. (1996 [1983]); APPADURAI A. (2000 [1996]); BASTIAN M. (1993); COMAROFF J. – COMAROFF J.L. (1993).

«Immagine, immaginato, immaginario: si tratta in tutti i casi di termini che ci dirigono verso qualcosa di criticamente originale nei processi culturali globali: *l'immaginazione come pratica sociale*. Non più pura fantasia (oppio dei popoli, le cui attività reali stanno altrove), non più pura via di fuga (da un mondo definito prima di tutto da più concreti obiettivi e strutture), non più passatempo per le *élites* (quindi non rilevante per la vita della gente comune), non più pura contemplazione (irrilevante per forme originali di desiderio e soggettività), l'immaginazione è diventata un campo organizzato di pratiche sociali, una forma di opera (nel duplice senso di lavoro fisico e di pratica culturale organizzata) e una forma di negoziazione tra siti d'azione (individui) e campi globalmente definiti di possibilità» (APPADURAI A. 2001 [1996]: 50, enfasi dell'autore).

L'immaginazione non è dunque un modo per mascherare, per occultare usando un termine marxiano, le condizioni sociali, economiche e politiche proprie di un dato periodo storico e di uno specifico gruppo umano. Essa è piuttosto un campo in cui gli individui producono significati sociali che li rendono in grado di analizzare criticamente la loro condizione. L'immaginazione, piuttosto che essere intesa come una falsa coscienza, diventa dunque una coscienza del possibile.

Non più confinata nell'alveo dei conflitti familiari e di vicinato, la stregoneria e la produzione di discorsi su di essa, in questa prospettiva, consentono di dare spiegazioni accettabili al mutare del contesto sociale. Non deve quindi stupire che essa possa diventare un'arma della contesa politica – come è evidente nel caso delle voci sul presidente Biya –. È proprio per questo che la stregoneria, a onta della sua immaterialità che si scontra con la dottrina giudiziale basata sulle fattualità della prova, può entrare nelle aule di giustizia. Non più come falsa credenza che il progresso sfaterà, ma come luogo di una contesa politica.

Bibliografia

- Anderson Benedict (1996 [1983]), *Comunità immaginate. Origini e diffusione dei nazionalismi*, prefazione e cura di Marco D'Eramo, traduzione dall'inglese di Marco Vignale, Manifestolibri, Roma [ediz. orig. *Imagined communities. Reflections on the origin and spread of nationalism*, Verso, London, 1983].
- Appadurai Arjun (2001 [1996]), *Modernità in polvere*, traduzione dall'inglese di Pietro Vereni, Meltemi, Roma [ed. orig.: *Modernity at Large: Cultural Dimension of Globalization*, University of Minnesota Press, Minneapolis-London, 1996].
- Bastian Misty L. (1993), «Bloodbonds who have no friends»: *witchcraft and locality in the Nigerian popular press*, pp. 129-166, in Comaroff Jean - Comaroff John (curatori), *Modernity and its malcontents. Ritual and power in postcolonial Africa*, The University of Chicago Press, Chicago and London.
- Bastian Misty L. (2001), *Vulture men, campus cultists and teenaged witches. Modern magics in Nigerian popular media*, pp. 71-96, in Moore Henrietta L. – Sanders Todd (curatori), *Magical interpretations, material realities. Modernity, witchcraft and the occult in postcolonial Africa*, Routledge, London and New York.
- Comaroff Jean – Comaroff John L. (curatori) (1993), *Modernity and its malcontents. Ritual and power in postcolonial Africa*, The University of Chicago Press, Chicago and London.
- Comaroff Jean – Comaroff John L. (1993), *Introduction*, pp. XI-XXXVII, in Comaroff Jean – Comaroff John L. (curatori) (1993), *Modernity and its malcontents. Ritual and power in postcolonial Africa*, The University of Chicago Press, Chicago and London.
- Evans-Pritchard Edward Even (1976 [1937]), *Stregoneria, oracoli, magia tra gli Azande*, traduzione dall'inglese di Bernardo Bernardi, Franco Angeli, Milano [ediz. orig., *Witchcraft, Oracles and Magic among the Azande*, Oxford University Press, Oxford].
- Fabian Johannes (2000 [1983]), *Il tempo e gli altri. La politica del tempo in antropologia*, traduz. dall'inglese di Lucia Rodeghiero, L'ancora del mediterraneo, Napoli [ediz. orig., *Time and the other. How anthropology makes its object*, Columbia University Press, New York, 1983].
- Field Margaret J. (1940), *Some new shrine of the Gold Coast and their significance*, «Africa. Journal of the International African Institute», vol. 13, pp. 138-149.
- Field Margaret J. (1960), *Search for security. An ethno-psychiatric study of rural Ghana*, Faber and Faber, London.
- Fisiy Cyprian F. - Geschiere Peter (2000), *Witchcraft, development and paranoia in Cameroon: interactions between popular, academic and state discourse*, pp. 226-246, in Moore Henrietta L. – Sanders Todd (curatori), *Magical interpretations, material realities. Modernity, witchcraft and the occult in postcolonial Africa*, Routledge, London and New York.

- Geschiere Peter (1995), *Sorcellerie et politique en Afrique. La viande des autres*, Karthala, Paris.
- Grottanelli Vinigi Lorenzo (1976), *Witchcraft an allegory*, pp. 321-329, in Grollig F.X. – Haley H.B. (curatori), *Medical Anthropology*, Mouton, Paris.
- Grottanelli Vinigi Lorenzo (1978), *Una società guineana: gli Nzema. 2. Ordine morale e salvezza terrena*, Bollati Boringhieri, Torino.
- Latouche Serge (2000 [1998]), *L'altra Africa. Tra dono e mercato*, traduzione dal francese di A. Salsano, Bollati Boringhieri, Torino, [ediz. orig. *L'autre Afrique: entre don et marché*, Albin Michel, Paris, 1998]
- Moore Henrietta L. – Sanders Todd (curatori) (2001), *Magical interpretations, material realities. Modernity, witchcraft and the occult in postcolonial Africa*, Routledge, London and New York.
- Moore Henrietta L. – Sanders Todd (2001), *Magical interpretations and material realities. An introduction*, pp. 1-27, in Moore Henrietta L. – Sanders Todd (curatori), *Magical interpretations, material realities. Modernity, witchcraft and the occult in postcolonial Africa*, Routledge, London and New York.
- Moore Sally Falk (2004 [1994]), *Antropologia e Africa*, traduz. dall'inglese di Alice Bellagamba e Massimo Scala, Raffaello Cortina Editore, Milano [ediz. orig. *Anthropology and Africa. Changing perspective on a changing scene*, University Press of Virginia, Charlottesville – London, 1994].
- Nyamnjoh Francis B. (2000), *Delusions of development and the enrichment of witchcraft discourse in Cameroon*, pp. 28-49, in Moore Henrietta L. – Sanders Todd (curatori), *Magical interpretations, material realities. Modernity, witchcraft and the occult in postcolonial Africa*, Routledge, London and New York.
- Patella Giuseppe (1990), *Sul postmoderno. Per un postmodernismo della resistenza*, Edizioni Studium, Roma.
- Richards Audry I. (1935), *A modern movement of witch-finder*, «Africa. Journal of the International African Institute», vol. 8, num. 4, 1935, pp. 448-461.

Consensus coactus e gravitas nella riflessione teologica del XIII secolo*

RAFFAELE BALBI

1. La dottrina canonistica del basso Medioevo, riflettendo soprattutto sulla nullità del matrimonio contratto *ex metu*, affrontò il problema dei criteri da adottare per misurare il grado della violenza e l'intensità del timore provocato dalla prospettiva di un male minacciato.

Il complesso problema si propose anche all'attenzione del pensiero teologico dell'epoca¹.

I teologi, difatti, riservarono a tale argomento uno spazio considerevole, soprattutto quando commentarono ampiamente uno dei testi teologici più importanti del Medioevo, l'opera di Pietro Lombardo intitolata "*Sententiarum libri quatuor*".

Lo studioso difatti, nella Distinzione XXIX del suo scritto, sottolinea che il consenso dei coniugi, come elemento centrale del matrimonio, deve essere "*liberum... a coactione*"² e che quindi il *consensus coactus* "*conjugium non facit*"³. Afferma, cioè, a chiare lettere l'esigenza assoluta che il matrimonio debba sorgere "*inter consentientes et spontaneos, non inter renitentes et invitos*"⁴.

Sulla materia matrimoniale, trattata dall'opera di Pietro Lombardo, ed anche su argomenti, non necessariamente legati al matrimonio, grandi maestri della scolastica offrirono alla *scientia canonum*, nel suo percorso di maturazione, un insieme davvero prezioso di concetti in una rigorosa architettura logica.

* Il presente contributo è destinato agli Studi in onore di Michele Scudiero.

¹ Osserva difatti GIUSEPPE DOSSETTI (*La violenza nel matrimonio in diritto canonico*, Vita e pensiero, Milano, 1943, p. 348) che filosofi e teologi, "per certi riguardi, approfondiscono l'argomento prima o meglio dei giuristi".

² PIETRO LOMBARDO, *Sententiarum libri quatuor*, lib. IV, dist. XXIX, n. 1, in MIGNE, *Pat. Lat.*, 192, col. 916.

³ *Ibidem*.

⁴ *Ibidem*.

Non rientra nei limiti del presente contributo l'esame delle numerose opere teologiche che affrontarono nel basso Medioevo, più o meno ampiamente, il nostro tema.

Ci proponiamo, piuttosto, di riflettere su alcuni passaggi argomentativi degli scritti teologici del XIII secolo, che rappresentano davvero un momento di analisi così ricco di pregevoli spunti costruttivi da risultare di grande utilità scientifica.

2. È opportuno *in limine* ricordare, con rapido sguardo, il faticoso cammino che sulla *gravitas* della *coactio* la scienza canonistica aveva già percorso in un periodo che va dal momento della redazione del *Decretum* di Graziano⁵ fino al decennio del XIII secolo in cui venne alla luce la compilazione di Gregorio IX, chiamata *Liber Extra*⁶.

Nella decretistica classica e nella prima decretalistica, come nelle Decretali di quell'epoca, diventa ampio il ricorso al criterio astratto di apprezzamento del "*vir constans*"⁷ nella valutazione dell'intensità della *coactio*: si afferma, cioè, costantemente che solo la minaccia, la quale sia di tale natura da impressionare un uomo *constans*, abbia la forza di piegare la volontà del *patiens*⁸. Naturalmente si indicano, seppur in maniera non tassativa⁹, gli eventi così gravi da coartare la libera determinazione del *vir constans*¹⁰.

Affrontano il problema della *gravitas* in termini nuovi le opere di Bernardo

⁵ Ci sembra opportuno ricordare come nel *Decretum* di Graziano vi sia solo un rapido accenno al problema della *gravitas*: vedi RAFFAELE BALBI, *Vis e metus nel consenso matrimoniale. Aspetti del pensiero canonistico medievale*, in *Diritto e Religioni*, n.1/2, 2006, p. 85 s. ed in *La "vis vel metus" nel consenso matrimoniale canonico (can. 1103)*, Città del Vaticano, 2006, p. 47; ID., *Il criterio del "vir constans" nella teoria canonistica della coactio come vizio del consenso matrimoniale. Dalla decretistica classica al Liber Extra di Gregorio IX*, in *Ius Ecclesiae*, n. 2, 2007, p. 310 ss. (ed in *Fides Humanitas Ius, Studii in onore di L. Labruna*, I, Napoli, 2007, p. 266 s.).

⁶ Tale arco di tempo precede l'itinerario riflessivo dei teologi presi in considerazione nel presente contributo.

Sull'evoluzione del pensiero canonistico medievale intorno al problema della *gravitas*, nel periodo in questione, vedi, tra gli altri, GIUSEPPE DOSSETTI, *op. cit.*, p. 341 ss.; RAFFAELE BALBI, *Il criterio del "vir constans"...*, cit., p. 309 ss.

⁷ Vedi sul criterio romanistico del *vir constans*, tra gli altri, CARLO CASTELLO, *Timor mortis vel cruciatus corporis*, in *Archivio giuridico "Filippo Serafini"*, 1939, p. 145 ss.

⁸ Cfr., tra gli altri, GIUSEPPE DOSSETTI, *op. cit.*, p. 341 ss.; RAFFAELE BALBI, *Il criterio del "vir constans"...*, cit., p. 314 ss.

⁹ RAFFAELE BALBI, *Il criterio del "vir constans"...*, cit., p. 323.

¹⁰ GIUSEPPE DOSSETTI, *op. cit.*, p. 342 ss.; RAFFAELE BALBI, *Il criterio del "vir constans"...*, cit., p. 322 ss.

da Pavia¹¹ e, soprattutto, quelle di Tancredi¹² e di Raimondo di Penyafort¹³. Difatti, pur richiamando la figura del *vir constans*, pongono l'accento sulla necessità che venga considerato il soggetto passivo secondo le sue peculiarità¹⁴.

In particolare Tancredi e Raimondo di Penyafort ricorrono al criterio oggettivo del *vir constans* "a condizione, però, che il *patiens* non ottenga l'acquisizione di prove"¹⁵ che spingano il giudice a valutare sia le sue particolari condizioni, sia la realtà in cui viene posta in essere la minaccia.

Ma è bene sottolineare che negli scritti degli studiosi di questo periodo appaiono non particolarmente significativi i cenni sul significato dell'aggettivo *constans*.

Solo Bernardo da Pavia, affermando che la *coactio* "*in magnanimo levis, in meticoloso violenta invenitur*"¹⁶, fa comprendere implicitamente che il *vir constans* si debba riguardare come un uomo né pauroso, né coraggioso, ma un uomo che rappresenta la normalità.

3. La necessità, che fossero individuati dei criteri per una ragionevole applicazione della figura dell'uomo *constans* e che venisse innanzi tutto determinato con precisione il significato di tale aggettivo, non poteva non essere avvertita dai teologi allorché essi andarono a ragionare sulle ipotesi in cui la prospettazione di un male fosse diretta a turbare il processo formativo della volontà di un soggetto.

Fra i contributi più illuminanti all'approfondimento del nostro problema vanno ricordate sicuramente le riflessioni di S. Alberto Magno.

All'art. III della Distinzione XXIX del suo commento all'opera di Pietro Lombardo il teologo si chiede, difatti, quale "*vis vel metus cadat in constantem virum*"¹⁷.

¹¹ BERNARDO DA PAVIA, *Summa Decretalium*, ed. E.A.T. Laspeyres, Graz, 1956, p. 26 s., ad tit. XXX *De his quae vi metusve causa fiunt*.

¹² TANCREDI, *Summa de matrimonio*, ed. A. Wunderlich, Göttingae, 1841, p. 46 ss.

¹³ RAIMONDO DI PENYAFORT, *Summa de matrimonio, curantibus X. Ochoa et A. Diez, Commentarium pro religiosis*, Roma, 1978, col. 955 ss.

¹⁴ BERNARDO DA PAVIA, *op. cit.*, p. 26; TANCREDI, *op. cit.*, p. 47 s.; RAIMONDO DI PENYAFORT, *op. cit.*, col. 957.

¹⁵ RAFFAELE BALBI, *Il criterio del "vir constans"...*, cit., p. 329.

Difatti si legge nelle *Summae* citate di TANCREDI (p. 47 s.) e di RAIMONDO DI PENYAFORT (col. 957): "*Veruntamen si apertissimas probationes habeat repellitur praesumptio, quae contra eum est, ut ibidem dicitur. Et sic iudex secundum diversitatem personarum et locorum iudicabit, qualis sit metus*".

¹⁶ BERNARDO DA PAVIA, *op. cit.*, p. 26.

¹⁷ S. ALBERTO MAGNO, *In IV sententiarum*, in *Opera omnia*, vol. XXX, cura ac labore S.C.A. Borgnet, apud Ludovicum Vivès, Bibliopolam editorem, Parisiis, 1894, Dist. XXIX, art. III, p. 205.

S. Alberto Magno avverte innanzi tutto la necessità di dare una risposta al seguente interrogativo: chi è il “*vir constans*”?¹⁸ E, poi, si chiede: “*Utrum uno modo sit constantia in omnibus constantibus?*”¹⁹.

Nelle suddette domande si possono vedere riassunti gli interrogativi più importanti che emergevano dal problema in esame.

Per quanto riguarda la determinazione delle caratteristiche del *vir constans*, S. Alberto Magno afferma con chiarezza che sia da considerare tale chi “*non timet non timenda*”²⁰ e quindi ha paura solo delle minacce per le quali non si può non provare un forte senso di apprensione. Ed aggiunge il teologo: “*de ratione constantis non est, ut nihil timeat, sed potius ut non timeat non timenda, sicut etiam est de ratione fortis: sed nihil timens, et in audendo superabundans, praesumptuosus et audax nominatur*”²¹.

Il *vir constans* è, cioè, un uomo in grado di valutare se la minaccia abbia una forza costrittiva tale da spingere necessariamente lontano dalla decisione che si sarebbe preso in una situazione di normalità. È, in altri termini, una persona che ha buon senso nel soppesare se il male minacciato sia di tale natura da poter piegare qualunque resistenza umana.

Il *vir constans* viene visto da S. Alberto Magno né come un soggetto con una forza d’animo tale da dominare qualsiasi difficoltà e da andare incontro ad ogni genere di pericolo con sprezzo del rischio che ne deriva, né come uno abitualmente apprensivo, che viene colto da inquietudine e preoccupazione anche di fronte ad eventi, non particolarmente gravi, valutati invece come pericolosi. È in realtà un soggetto giudizioso nella valutazione dell’entità del male, ossia nell’apprezzamento dell’adeguatezza della minaccia ad incidere sulla sua volontà.

4. S. Alberto Magno non si ferma qui, ma pone l’accento sul fatto che “*sapientis... est eligere minus malum*”²².

Il teologo sottolinea, dunque, che il soggetto passivo di fronte agli eventi, che gli sono prospettati, debba agire con saggezza, cioè secondo criteri di avvedutezza lasciandosi spingere al compimento dell’atto considerato come il male minore.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ivi*, p. 206.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ *Ibidem*.

²² *Ivi*, Dist. XXIX, art. II, p. 204.

S. Alberto Magno a questo proposito richiama uno dei versi riportati nella “*Summa de matrimonio*” di Tancredi²³ ed in quella di Raimondo di Penyafort²⁴, in cui si fa riferimento alle quattro ipotesi di eventi considerati di tale natura da intimorire un uomo *constans*: “*Stupri sive status, verberum atque necis*”²⁵.

S. Alberto Magno sottolinea, quindi, che un soggetto, di fronte all’alternativa di esprimere il proprio consenso al matrimonio o di subire uno dei mali, indicati nel verso, sarà costretto a seguire la prima via perché essa rappresenta il male minore²⁶.

Ma questo criterio non è assoluto: difatti, secondo il teologo, bisogna scegliere, come male minore, addirittura la morte, “*quam negationem fidei*”²⁷.

La minaccia, cioè, in questo caso non produce un *metus* che possa essere valutato di una qualche rilevanza: essa non può spingere ad accettare ciò che viene imposto, in quanto l’allontanamento dalla fede è da considerare più rovinoso della morte fisica.

Le precisazioni di S. Alberto Magno, dettate da insopprimibili esigenze spirituali, naturalmente presenti, come vedremo²⁸, anche nelle riflessioni degli altri teologi sul punto, sembrano offrire elementi di chiarezza e non di oscurità, come invece ritiene Giuseppe Dossetti²⁹, nell’approfondimento della figura del *vir constans*.

Esse appaiono utili perché richiamano l’attenzione sul fatto che l’accertamento dell’idoneità della minaccia ad impedire la libera determinazione della volontà del *patiens* non può essere compiuto attraverso l’indicazione di alcuni comportamenti coartanti considerati di tale natura da impressionare un *vir constans*.

5. Il pensiero di S. Alberto Magno, quindi, si sviluppa opportunamente su un piano non rigidamente schematico.

Questo viene confermato in un altro passaggio della sua opera quando il teologo mostra di avere piena consapevolezza che non si possa dare rilievo

²³ TANCREDI, *op. cit.*, p. 47.

²⁴ RAIMONDO DI PENYAFORT, *op. cit.*, col. 957.

²⁵ S. ALBERTO MAGNO, *op. cit.*, Dist. XXIX, art. II, p. 203.

²⁶ S. Alberto Magno sottolinea, ad es., come sia da preferire “*bonorum perditionem, quam virtutis, vel corporis*” (*ivi*, p. 204).

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Vedi il par. 8 del presente contributo.

²⁹ GIUSEPPE DOSSETTI, *op. cit.*, p. 350.

alla figura astratta del *vir constans* indipendentemente da altri elementi che possano influire sulla libertà di autodeterminazione del soggetto passivo.

Proprio il passo, in cui si precisa il concetto di *vir constans*, non potrebbe essere più chiaro al riguardo. Merita quindi di essere riportato per esteso: “*Et dicitur a parte fortitudinis civilis constans. Et accipitur intellectus constantis principaliter ex quatuor, scilicet animi virtute, statu, tempore et loco. Animi virtute, quod habeat fiduciam multam vincendi pericula sibi proportionata, et non deiciatur statim, ut vir vanus et formidolosus... Ex statu: quia princeps non habet timere hoc quod habet timere plebeius. Ex tempore: quia aliud est tempore desolationis, et adjutorii timendum. Ex loco: quia aliud timetur in campo, et aliud in urbe ubi adjutores parati sunt*”³⁰.

Da questo testo emerge con immediata comprensibilità che, per delineare la figura del *vir constans*, dovrà tenersi conto delle peculiarità soggettive³¹ e dell'appartenenza ad una determinata condizione sociale, nonché del contesto in cui viene posta in essere la condotta minacciosa e coartante.

Per quanto riguarda i dati caratteriali, S. Alberto Magno precisa, anche in questo passaggio, che non si debbano considerare rilevanti sia l'inclinazione ad affrontare il pericolo con noncuranza, sia quella a cadere in stati di eccessiva apprensione.

In realtà S. Alberto Magno, su quest'ultimo punto, non aveva trascurato di avvertire, già nell'art. I della suindicata Distinzione, che “*trepidatio mentis quandoque est in parvis periculis et formidolosis: et tamen illos non excusat metus*”³².

Pertanto, a parere del teologo, non può avere rilievo il fatto che un soggetto per la sua particolare sensibilità si abbandoni a stati emotivi in contrasto con la normalità, ritenendo di trovarsi di fronte a circostanze dirette a provocargli gravi danni.

Secondo S. Alberto Magno merita attenzione, al contrario, la presenza, nella vittima, della consapevolezza che, valutate con piena responsabilità le proprie capacità, possa resistere alla *coactio*³³. Così come appaiono rilevanti sia lo *status* del *patiens*, sia le condizioni di luogo e di tempo che secondo il teologo possono incidere sulla resistenza al pericolo, sviluppandola o riducendola di intensità.

³⁰ S. ALBERTO MAGNO, *op. cit.*, Dist. XXIX, art. III, p. 206.

³¹ Precisa S. Alberto Magno come la *constantia* possa variare “*ex duobus, scilicet ex complexione, et studio virtutis*” (*ivi*, p. 207).

³² *Ivi*, Dist. XXIX, art. I, p. 200.

³³ Difatti, come abbiamo visto nel passo di S. Alberto Magno riportato per esteso nel corso del presente paragrafo, il teologo pone l'accento sul fatto che la vittima abbia “*fiduciam multam*” di superare i “*pericula sibi proportionata*” (*ivi*, Dist. XXIX, art. III, p. 206).

Sono affermazioni di indubbio valore che rispondono adeguatamente alle difficoltà di una rigida applicazione di un criterio astratto: criterio che invece acquista rilievo proprio in rapporto alla concreta realtà.

Su quest'ultima considerazione si tornerà con maggiore ampiezza di sguardo nelle nostre pagine conclusive.

6. Le premesse riflessioni portano S. Alberto Magno a dare una precisa risposta, che non offre margini a possibilità di equivoci, alla seconda domanda, a cui abbiamo fatto riferimento³⁴: la *constantia* non è “*uno modo in omnibus constantibus*”³⁵. Secondo il teologo “*non oportet quod omnes aequaliter sint constantes*”³⁶.

S. Alberto Magno ricorda difatti il saggio insegnamento secondo cui “*timere potest parvus homo et constans, quod si timet homo clarae dignitatis, formidolosus vocabitur*”³⁷.

Pertanto il ricorso al criterio del *vir constans* si delinea nell'opera di S. Alberto Magno senza incongruenze logiche: una volta stabiliti i limiti, entro i quali riconoscere la *constantia*, e, quindi, una volta escluso qualsiasi rilievo alla presenza di una particolare sensibilità o di una singolare disposizione della vittima a dare prova di coraggio, è possibile rappresentare la reazione del *vir constans* che abbia le qualità del *patiens* e si trovi nelle sue stesse condizioni ambientali, elementi in grado di aumentare o di diminuire la resistenza della vittima di fronte alla minaccia³⁸.

A questo punto non si può non sottolineare l'interesse che sicuramente nasce nel giurista dal processo di chiarificazione portato avanti da S. Alberto Magno, il quale, pur non discostandosi dall'orientamento emergente dalle opere di Tancredi e di Raimondo di Penyafort, offre sul problema della *gravitas*, con uno sguardo più maturo, una compiuta sintesi logica, che sarà ben presente nella scienza canonistica anche nel secolo da noi considerato³⁹.

³⁴ È bene ricordare la domanda che si pone S. Alberto Magno (già riportata nel par. 3 del presente contributo): “*Utrum uno modo sit constantia in omnibus constantibus?*” (*ibidem*).

³⁵ *Ivi*, p. 207.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ *Ivi*, p. 206.

³⁸ Naturalmente, secondo S. Alberto Magno, una volta stabilita la reazione del *vir constans*, che abbia le peculiarità del soggetto passivo e si trovi nelle sue stesse condizioni di luogo e di tempo, è possibile valutare se il *metus* escluda “*matrimonii consensum*” (*ivi*, p. 207).

³⁹ Si pensi solo all'insegnamento dell'OSTIENSE (in particolare *Summa aurea*, Lugduni, 1568, lib. I, rub. *De his quae vi metusve causa fiunt*, n. 1, f. 93 v e lib. IV, rub. *De matrimoniis*, n. 27, f. 291 v; *In*

7. Volgendo, ora, lo sguardo al Commentario di S. Bonaventura alle “*sententiae*” di Pietro Lombardo, è opportuno rilevare che il *doctor seraphicus* si sofferma soprattutto su una qualità nel delineare la figura del *vir constans*.

Il teologo, difatti, rifacendosi ad un’antica distinzione tra *metus levis* e *metus iustus*⁴⁰, sottolinea come quest’ultimo è quello “*qui in virum constantem cadere potest*”⁴¹; ma, pur riconoscendo che solo alcuni eventi coercitivi (“*damnum mortis, mutilationis, servitutis et stupri*”⁴²) siano di tale natura da intimorire, appunto, un uomo *constans*, aggiunge significativamente che il *metus iustus* produce effetti “*quando praesumitur probabiliter, quod ille qui minatur, possit minas implere*”⁴³.

Quindi secondo S. Bonaventura il *vir constans* rappresenta l’uomo in grado di valutare se la realizzazione del male prospettato sia da considerare probabile, proprio perché tale uomo è capace di determinare se il *metum inferens* possa eseguire la minaccia.

Il passaggio dell’opera del *doctor seraphicus* merita di essere ricordato non solo perché, nella problematica determinazione del *vir constans*, il teologo individua un’altra delle sue caratteristiche, ma anche perché inevitabilmente fa emergere la necessità che, nella questione della *gravitas* della *coactio*, siano esaminate anche le qualità del soggetto attivo.

8. Come appare evidente, emergono già dalle pagine della riflessione teologica del XIII secolo, su cui finora abbiamo ragionato, approfondimenti e criteri valutativi certamente di rilievo per il pensiero giuridico del tempo, impegnato in una costruzione, quanto più coerente, della teoria della *coactio*.

Sul tema non poteva mancare di dare il suo prezioso contributo anche S. Tommaso d’Aquino.

Il trattato sul matrimonio, contenuto nel Supplemento, seppure desunto dallo scritto giovanile del *doctor angelicus* “*Commentum in quatuor libros*

Primum Decretalium librum Commentaria, apud Iuntas, Venetiis, 1581, rist. an., Bottega d’Erasmus, Torino, 1965, rub. *De his, quae vi, metusue causa fiunt*, f. 191 ss.).

⁴⁰ Aveva parlato di *metus iustus*, contrapposto a quello che non produce effetti giuridici, ad es., BENINCASA ARETINO, *Casus Decretorum*: Roma, Bibl. Casanat., ms. 1910, f. 153 v, *ad pr.* C. XXII, q. 5. Vedi sul punto RAFFAELE BALBI, *Il criterio del “vir constans”*..., cit., p. 316.

⁴¹ S. BONAVENTURA, *Commentarius in Distinctionem XXIX*, in *Opera omnia*, tomo IV, Ad Claras Aquas (Quaracchi) prope Florentiam, ex typographia Collegii S. Bonaventurae, 1889, art. unicus, q. I, p. 700.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ *Ibidem*.

S. Bonaventura sottolinea come, ad es., non si debba temere “*si simplex rusticus minatur duci*” (*ibidem*).

sententiarum magistri Petri Lombardi”, sollecita a profonde riflessioni.

Convieni, dunque, soffermarsi almeno su alcuni passaggi dell’opera, pensando con rammarico ai risultati che, su una trama concettuale già formata, S. Tommaso d’Aquino avrebbe potuto raggiungere rielaborando l’intera materia matrimoniale.

Ma è opportuno anche riflettere sulle pagine della “*Summa Theologica*” che, in una prospezione problematica più vasta, sono dedicate soprattutto alla volontarietà ed involontarietà degli atti, nonché, in particolare, al timore.

S. Tommaso d’Aquino in un passaggio del suo *Commentum*, riportato dal Supplemento, chiedendosi se la “*coactio metus*”⁴⁴ possa intimorire un *vir constans*, pone l’accento sulla distinzione tra il *constans* e l’*inconstans*⁴⁵.

Tale distinzione, secondo il dottore angelico, deriva innanzi tutto dalla natura del pericolo che si teme⁴⁶, cioè con più precisione dal fatto che, a differenza dell’*inconstans*, il *vir constans* “*sequitur rationem rectam, per quam scit quid pro quo dimittendum sit vel faciendum*”⁴⁷. Perciò tra un male maggiore ed uno minore l’uomo *constans* ragionevolmente, ispirandosi cioè ad un giusto criterio di valutazione, sceglie quest’ultimo e mai si lascia andare “*ad maius malum ut vitet minus malum*”⁴⁸.

L’*inconstans* invece “*cogitur ad maius malum propter metum minoris mali*”⁴⁹, come avviene quando accetta di compiere un’azione peccaminosa, che lo allontana dalla meta ultraterrena, pur di sfuggire ai danni fisici minacciati.

È un concetto questo che abbiamo già incontrato nell’opera di S. Alberto Magno⁵⁰ e che S. Tommaso d’Aquino ripete anche nelle pagine della sua “*Summa Theologica*” dove, tessendo la sua tela metafisica, sottolinea che, sebbene sia prevedibile che un uomo cerchi di sfuggire ad una menomazione fisica o a danni nei suoi beni temporali, è però da valutare “*contra rationem naturalem*”⁵¹ che, per evitare tutto ciò, “*recedat a iustitia*”⁵², non seguendo

⁴⁴ S. TOMMASO D’AQUINO, *Summa Theologica*, Suppl., q. 47, art. 2.

Vedi anche dello stesso autore *Commentum in quatuor libros sententiarum magistri Petri Lombardi*, vol. II, typis Petri Fiaccadori, Parmae, 1858, Dist. XXIX, q. I, art. II, p. 942.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ S. Tommaso d’Aquino vede la prima differenza tra il *constans* e l’*inconstans* “*quantum ad qualitatem periculi quod timetur*” (*ibidem*).

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ Vedi il par. 4 del presente contributo.

⁵¹ S. TOMMASO D’AQUINO, *Summa...*, cit., II-II, q. 19, art. 3.

⁵² *Ibidem*.

la legge divina profondamente radicata nel suo animo e conosciuta proprio attraverso la retta ragione.

Così bisogna considerare irragionevole compiere opere peccaminose per sfuggire a qualunque tipo di minaccia “*quia peius est huiusmodi peccata committere quam poenas quascumque pati*”⁵³.

Pertanto è da pensare che anche S. Tommaso d’Aquino, come S. Alberto Magno, pur indicando come comportamenti sicuramente coartanti “*mors, verbera, dehonestatio per stuprum et servitutis*”⁵⁴, ritenga che l’idoneità della minaccia ad influire sulla volontà del *patiens* non possa essere accertata ricorrendo semplicemente ad un elenco tassativo di eventi. Ma l’Aquinata sottolinea la necessità che venga considerata la capacità di seguire la *recta ratio*, che conduce il soggetto passivo a preferire, tra motivi contrapposti, necessariamente il male minore.

9. Le considerazioni di S. Tommaso d’Aquino sul problema particolare della *gravitas*, che presuppongono la distinzione aristotelica tra volontà in concreto e volontà in astratto, vanno inserite, per essere meglio comprese, in un orizzonte più vasto dominato da una densità di riflessioni ancor oggi di grande utilità per il pensiero giuridico.

Il dottore angelico, difatti, nelle pagine della “*Summa Theologica*”, dedicate alla volontarietà ed involontarietà degli atti, si sofferma su un preciso concetto: le azioni compiute per timore sono “*voluntaria simpliciter*”⁵⁵ ed “*involuntaria...secundum quid*”⁵⁶.

L’atto, concluso da un uomo per effetto di una minaccia, può apparire “*involuntarium secundum quid*”⁵⁷ se visto al di fuori delle circostanze determinate in cui è stato posto in essere (“*extra hunc casum existens*”⁵⁸): cioè può essere definito *involuntarium* sotto un certo aspetto, se si dovesse dar rilevanza al fatto che, senza la prospettiva del male minacciato, tale atto non sarebbe, di sicuro, voluto.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ S. TOMMASO D’AQUINO, *Summa...*, cit., Suppl., q. 47, art. 2; *Commentum...*, cit., Dist. XXIX, q. I, art. II, p. 942.

⁵⁵ S. TOMMASO D’AQUINO, *Summa...*, cit., I-II, q. 6, art. 6.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ *Ibidem*.

Sul punto vedi, tra gli altri, ORIO GIACCHI, *La violenza nel negozio giuridico canonico. Contributo alla dottrina canonistica dei negozi giuridici*, Giuffrè, Milano, 1937, p. 34 ss.; GIUSEPPE DOSSETTI, *op. cit.*, p. 522 ss.

⁵⁸ S. TOMMASO D’AQUINO, *Summa...*, cit., I-II, q. 6, art. 6.

Però – ragiona S. Tommaso – se ci fermassimo ad una valutazione condizionata da criteri, i quali prescindessero dalla particolare situazione che ha spinto il destinatario della minaccia ad agire nel senso voluto dal *metum inferens*, cadremmo evidentemente in un’astrazione perché non terremmo conto che il soggetto passivo vuole effettivamente ciò che in astratto, ossia senza l’influenza del timore, non vorrebbe.

Spiega difatti S. Tommaso d’Aquino: “*boc quod fit per metum, est voluntarium, inquantum scilicet est hic et nunc, prout scilicet in hoc casu est impedimentum maioris mali quod timebatur*”⁵⁹.

Dunque all’azione compiuta in stato di timore non può non essere attribuita la volontarietà. Ribadisce difatti il dottore angelico come “*id quod per metum agitur, fit voluntarium, ideo quia motus voluntatis fertur in id, licet non propter seipsum, sed propter aliud, scilicet ad repellendum malum quod timetur*”⁶⁰.

La minaccia secondo il teologo, sotto l’evidente influenza dell’insegnamento di Rufino⁶¹, non annulla la volontà: dalla vittima l’atto è comunque voluto non “in sé stesso”⁶² (in quanto senza l’intervento della minaccia non lo si vorrebbe), ma per liberarsi dall’evento minacciato. Difatti S. Tommaso d’Aquino insegna che si debba considerare volontario non solo ciò che vogliamo “*propter seipsum... ut finem*”⁶³, ma anche ciò che vogliamo in vista di un fine⁶⁴.

Pertanto, al di là di ogni ragionamento astratto, in concreto la volontà, sebbene coartata, è pur sempre presente e permette alla vittima di scegliere se resistere o se compiere l’atto (che in astratto, se non incombesse la minaccia, non si vorrebbe) proprio “*ad evitandum aliquid quod timet*”⁶⁵.

Nel meccanismo della minaccia, dunque, non si può non valutare la volontà comunque manifestata dal *patiens* ed accordare quindi tutela ai soggetti

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ *Ibidem*.

A S. Tommaso d’Aquino preme anche sottolineare come “*ea quae aguntur per metum et per vim, non solum differunt secundum praesens et futurum, sed etiam secundum hoc, quod in eo quod agitur per vim, voluntas non consentit, sed omnino est contra motum voluntatis*” (*ibidem*). Quindi, secondo il teologo, “*patet ergo quod in eo quod per vim agitur, voluntas interior nihil agit: sed in eo quod per metum agitur, voluntas aliquid agit*” (*ibidem*).

⁶¹ Vedi sull’insegnamento di Rufino, tra gli altri, GIUSEPPE DOSSETTI, *op. cit.*, *passim*; RAFFAELE BALBI, *Il criterio del “vir constans”...*, cit., p. 312 ss.

⁶² ORIO GIACCHI, *op. cit.*, p. 35. Cfr. GIUSEPPE DOSSETTI, *op. cit.*, p. 523.

⁶³ S. TOMMASO D’AQUINO, *Summa...*, cit., I-II, q. 6, art. 6.

⁶⁴ È da considerare volontario, cioè, “*etiam quod propter aliud volumus ut propter finem*” (*ibidem*).

⁶⁵ S. TOMMASO D’AQUINO, *Summa...*, cit., Suppl., q. 47, art. 2; *Commentum...*, cit., Dist. XXIX, q. I, art. II, p. 942.

i quali, rispondendo alla caratteristica principale, che secondo S. Tommaso d'Aquino distingue il *vir constans*, seguono la *recta ratio* ed evitano così il male maggiore, accettando di andare incontro a quello di minore entità.

10. La seconda peculiarità del *vir constans*, evidenziata da S. Tommaso d'Aquino, è quella relativa alla sua capacità di valutare l'imminenza del pericolo⁶⁶.

L'uomo *constans* è quello che “*non nisi ex forti aestimatione et probabili cogitur*”⁶⁷: è, cioè, un uomo il quale si lascia intimorire solo da elementi gravi che indicano in modo chiaro che il *metum incutiens* stia effettivamente per attuare la minaccia. Rappresenta, in altri termini, un uomo che, non solo, riesce a valutare in modo equilibrato se la minaccia sia tale da incutere timore, ma anche se i suoi effetti possano essere prodotti senza alcun indugio, nell'ipotesi in cui venga percorsa una via opposta a quella voluta dal *metum inferens*.

S. Tommaso d'Aquino non si arresta qui.

Lo sforzo diretto a precisare il significato dell'aggettivo *constans* è accompagnato, come nell'opera richiamata di S. Alberto Magno⁶⁸, anche dall'insegnamento secondo cui il *vir constans* deve essere considerato “*intrepidus, non quod omnino non timeat, sed quia non timet quae non oportet, vel nisi quando oportet*”⁶⁹: quindi ha paura solo dei comportamenti realmente minacciosi e coartanti o di quelli che, in un particolare momento, generano una forte agitazione interiore.

Le riflessioni di S. Tommaso d'Aquino, che abbiamo riportato, aiutano a capire la considerazione riassuntiva del teologo secondo cui il *constans* “*est medius inter inconstantem et pertinacem*”⁷⁰.

Il dottore angelico ritiene che il *vir constans* sia l'uomo medio che agisce entro ben determinati confini di una normale *constantia*. Quindi, secondo il teologo, non risultano dentro tali confini sia l'uomo che, presumibilmente per la propria impressionabilità, si lascia costringere ad un male per timore di un altro male, ragionevolmente minore rispetto al primo⁷¹, sia l'uomo che per la sua temerarietà

⁶⁶ Difatti secondo l'Angelico il *constans* si differenzia dall'*inconstans* anche “*quantum ad aestimationem periculi imminentiis*” (*ibidem*).

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ Vedi il par. 3 del presente contributo.

⁶⁹ S. TOMMASO D'AQUINO, *Summa...*, cit., Suppl., q. 47, art. 2.

Vedi anche il *Commentum...*, cit., Dist. XXIX, q. I, art. II, p. 942.

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ Difatti l'*inconstans* (come abbiamo sottolineato nel par. 8 del presente contributo) è, secondo S. Tommaso d'Aquino, chi “*cogitur ad maius malum propter metum minoris mali*” (*ibidem*).

non si lascia piegare neppure da un male minore per evitare uno maggiore⁷², che, in modo avventato, non crede possa determinare la sua volontà.

È evidente che, come si è sottolineato in dottrina, in entrambe le ipotesi la valutazione del soggetto passivo “non proviene dalla *recta ratio*”⁷³ ed è quindi priva di *rationabilitas*⁷⁴.

11. L'equivalenza del *vir constans* con l'uomo medio viene sottolineata anche da Riccardo di Mediavilla nell'opera “*Super quatuor libros sententiarum Petri Lombardi quaestiones subtilissimae*”.

Il teologo, difatti, ripete l'insegnamento di S. Tommaso d'Aquino secondo cui l'uomo *constans* è “*medius inter virum pertinacem et inconstantem*”⁷⁵ e si sofferma sulla differenza tra il *pertinax* e l'*inconstans* ponendo in rilievo che il primo “*vix pro quocumque timore, recedit a proposito suo*”⁷⁶ e che il secondo “*fere, pro quolibet timore leuiter recedit a proposito suo*”⁷⁷.

Non si tarda, però, ad avvertire nell'opera di Riccardo di Mediavilla l'ansia di affinare ancor più il concetto di *vir constans*.

Il teologo, difatti, richiamandosi allo svolgimento del pensiero di S. Tommaso d'Aquino sull'argomento⁷⁸, dà netto rilievo alla presenza, nell'uomo medio, della capacità di giudicare rettamente e, quindi, sottolinea che l'azione violenta sia da ritenere grave solo se percepita in questo modo dalla *recta ratio*, impressa nel cuore di ogni persona.

Con incisività di dettato così Riccardo di Mediavilla precisa quale possa essere nell'uomo *constans*, che segue quindi la *recta ratio*, l'intensità del timore provocato dalla prospettiva di un male: “*Constans autem quandoque recedit a proposito suo pro timore, et quando que non, quia temperat passionem timoris, secundum rectum iudicium rationis, et ideo quandoque timor oritur ex forti existimatione alicuius horribilis mali, quod non potest homo euadere, nisi subeundo aliquod malum minus poenale, quod tamen absolute nollet subire: subit ipsum, quia sic esse faciendum docet recta ratio: pro timore autem oriente,*

⁷² Il *pertinax*, secondo S. Tommaso d'Aquino, è difatti l'uomo che “*non potest cogi etiam ad minus malum sustinendum vel faciendum ut evitet maius malum*” (*ibidem*).

⁷³ OMBRETTA FUMAGALLI CARULLI, *Intelletto e volontà nel consenso matrimoniale in diritto canonico*, Vita e pensiero, Milano, 1974, p. 390.

⁷⁴ Sul punto vedi le osservazioni di OMBRETTA FUMAGALLI CARULLI, *op. cit.*, p. 390 ss.

⁷⁵ RICCARDO DI MEDIAVILLA, *Super quatuor libros Sententiarum Petri Lombardi Quaestiones subtilissimae*, tomo IV, Brixiae, 1591, Dist. XXIX, art. I, q. I, p. 433.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ Vedi il par. 8 del presente contributo.

*siue ex leui, siue ex forti existimatione minoris mali, numquam inquantum virtuosus consentit subire maius malum*⁷⁹.

Ma non sfugge a Riccardo di Mediavilla che l'uomo *constans* debba avere la capacità di valutare *rationabiliter* non solo l'entità del male prospettato, ma anche il grado di probabilità che l'evento minacciato si verifichi.

Difatti, seppur considerando in modo esemplificativo alcuni eventi coercitivi di tale gravità da piegare un *vir constans*⁸⁰, al teologo preme sottolineare che si possa parlare di “*metus cadens in constantem virum*”⁸¹ solo “*quando talia malia intentantur ab illo, de quo praesumit probabiliter vir constans, quod ille talia velit et possit sibi consentiat...*”⁸².

Appare chiaro, trascrivendo il passaggio dell'opera di Riccardo di Mediavilla, come questi avverta la complessità del problema della *gravitas*. Non basta, difatti, che il *patiens* sia in grado di valutare l'imminenza del pericolo⁸³ e l'effettiva capacità del *metum inferens* di provocare il male minacciato⁸⁴, ma anche che sia in grado di determinare se il soggetto attivo abbia la volontà di attuare la minaccia, ove l'atto richiesto non sia compiuto.

Questa ulteriore precisazione di Riccardo di Mediavilla, insieme a quelle di S. Tommaso d'Aquino e di S. Bonaventura sul punto⁸⁵, porterà in futuro ancor più la dottrina a riflettere sugli elementi che possano permettere al minacciato di valutare la capacità e la volontà del soggetto attivo di influire sulla sua volontà deviandola⁸⁶.

12. C'è un altro autorevole teologo che non manca di offrire il suo contributo, seppur non particolarmente rilevante, all'approfondimento della nostra questione, cioè Giovanni Duns Scoto che nel suo commento alle “*sententiae*” di Pietro Lombardo, chiedendosi “*utrum consensus coactus sufficiat ad contrahendum verum matrimonium*”⁸⁷, risponde secondo il costante insegnamento

⁷⁹ RICCARDO DI MEDIAVILLA, *op. cit.*, Dist. XXIX, art. I, q. I, p. 433.

⁸⁰ Riccardo di Mediavilla indica come eventi coercitivi che potevano piegare la libera volontà del *subiectus patiens*: “*metus mortis, vel enormis lesionis corporis, vel seruitutis, vel stupri, vel aliorum aliquorum grauium malorum expressorum in iure*” (*ivi*, p. 432).

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ Come aveva sottolineato S. Tommaso d'Aquino: vedi il par. 10 del presente contributo.

⁸⁴ Come aveva posto in rilievo S. Bonaventura: vedi *supra* il par. 7.

⁸⁵ Vedi i par. 7 e 10 del presente contributo.

⁸⁶ Si rinvia agli approfondimenti della dottrina sul punto, indicati da GIUSEPPE DOSSETTI, *op. cit.*, p. 471 s., nota 2.

⁸⁷ GIOVANNI DUNS SCOTO, *Quaestiones in quartum librum sententiarum*, in *Opera omnia*, tomo

che l'unico *metus*, “*qui excusat, est ille qui potest cadere in constantem virum*”⁸⁸, e cerca di approfondire la figura dell'uomo *constans*.

Innanzitutto il teologo nega che il *vir constans*, pur essendo un uomo “*fortis*”⁸⁹, debba mostrare un tale coraggio da affrontare con senso di sicurezza ogni genere di pericolo. Osserva difatti il *doctor subtilis* che l'uomo *fortis* “*non est omnino impavidus, quia hoc est audacis in nullo pavere; sed est impavidus, et pavet, ut recta ratio dictat*”⁹⁰.

Anche in Giovanni Duns Scoto assume, dunque, un rilievo spiccato il richiamo alla *recta ratio* che permette al minacciato di prendere una saggia ed equilibrata decisione, non dettata da un'irragionevole noncuranza dei pericoli⁹¹.

Difatti secondo il teologo è da considerare che non provenga dalla *recta ratio* scegliere la morte piuttosto che il carcere⁹² o, in ogni caso, non appare ragionevole andare incontro alla morte, al carcere, ad una “*mutilatio enormis*”⁹³ o ad uno stupro “*et similia mala*”⁹⁴ pur di evitare di compiere l'atto voluto da colui che minaccia. Nessun *metus* dunque “*potest cadere recte in aliquem, nisi ad subeundum minus malum, ut fugiat majus malum*”⁹⁵.

Ma è qui che Giovanni Duns Scoto, come d'altronde abbiamo visto sottolineato nel pensiero dei teologi su cui abbiamo ragionato⁹⁶, esprime l'esigenza che, nelle ipotesi di *metus*, il *patiens* comunque debba salvare la sua integrità spirituale.

Tutto il procedimento discorsivo del *doctor subtilis* è permeato dalla necessità che ogni uomo raggiunga la meta celeste, per cui nessun comportamento minaccioso e coartante lo deve indurre a non seguire la *recta ratio*⁹⁷ e, quindi, a non compiere il suo principale dovere che è quello di mirare sempre alla salvezza della propria anima: “*pati quamcumque poenam, est minus malum*

XIX, apud Ludovicum Vivès, Bibliopolam editorem, Parisiis, 1894, Dist. XIX, q. unica, p. 214.

⁸⁸ *Ivi*, p. 215.

⁸⁹ *Ivi*, p. 229.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ Naturalmente la decisione del minacciato non può essere presa neanche per un irragionevole stato di paura.

⁹² Difatti si legge nell'opera citata di Giovanni Duns Scoto: “*Dictat autem ratio recta plus debere timere mortem quam carcerem*” (Dist. XXIX, q. unica, p. 229).

⁹³ *Ivi*, p. 218.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ *Ivi*, p. 215.

⁹⁶ Vedi i parr. 4 e 8 del presente contributo.

⁹⁷ GIOVANNI DUNS SCOTO, *op. cit.*, Dist. XXIX, q. unica, p. 218.

*quam peccare mortaliter*⁹⁸. Perciò anche Giovanni Duns Scoto, esprimendo una preoccupazione legata strettamente ad esigenze spirituali, ritiene in sostanza che il *patiens*, qualora dovesse allontanarsi dalla *recta ratio*, non avrebbe alcuna giustificazione.

13. Gli approfondimenti dei teologi testimoniano il fermento di idee, a cui ha sempre condotto la materia in esame, e consentono di misurare le difficoltà che il pensiero riflesso ha dovuto superare per raggiungere sul tema analisi costruttive più mature.

Sulla lezione, che viene dai teologi del XIII secolo, appare utile quindi indugiare ancora, per interpretare la sostanza viva del loro pensiero, non tralasciando ciò che potrebbe sembrare radicale nelle loro considerazioni sulla repressione del peccato.

È noto che alcuni canonisti moderni, sperimentando concretamente le difficoltà che nascono dall'esame delle ipotesi di efficacia irritante del *metus*, hanno richiamato, nei loro scritti, quel momento di così pregnante contenuto, riempiendo di significato gli sforzi compiuti dalla scienza teologica del tempo.

Una particolare lettura di alcune pagine teologiche, a cui abbiamo fatto riferimento, è stata offerta, con grande vigore, da Giuseppe Dossetti.

Questi ritiene, con una certa semplificazione, che in particolare S. Alberto Magno e S. Tommaso d'Aquino (come anche i canonisti di quel periodo sino alla soglia del Concilio di Trento⁹⁹) siano rimasti ancorati rigorosamente a criteri assoluti, ricorrendo all'astrazione della figura del *vir constans* come "espressione dell'uomo comune, dell'uomo medio"¹⁰⁰, come cioè "rappresentante della media umana"¹⁰¹.

Dossetti, pur ammettendo "una adeguazione più realistica della dottrina

⁹⁸ *Ivi*, p. 215.

"*Nullus metus* – sottolinea Giovanni Duns Scoto – *potest inducere aliquem ad peccatum mortale secundum rectam rationem, quia non potest esse majus malum quod imminet, quam sit istud peccatum, quia nulla poena solum peior est quam culpa mortalis*" (p. 218).

⁹⁹ GIUSEPPE DOSSETTI, *op. cit.*, p. 361.

Orio Giacchi afferma, invece, "la necessità di respingere una eccessiva distinzione in epoche storiche della dottrina in argomento attribuendo a ciascuna di tali epoche un determinato atteggiamento concettuale, cosicché ad un'epoca più antica (all'incirca dal sec. XII al sec. XVI) si accompagnerebbe una visione *oggettiva* del requisito della 'gravitas' ed ad un'epoca successiva (dal sec. XVII in poi), una considerazione *soggettiva* di tale requisito" (*Il consenso nel matrimonio canonico*, Giuffrè, Milano, 1968, p. 202).

¹⁰⁰ GIUSEPPE DOSSETTI, *op. cit.*, p. 349.

¹⁰¹ *Ibidem*.

della gravità all'interno meccanismo volitivo della media degli uomini"¹⁰², sottolinea, in particolare, che S. Alberto Magno e S. Bonaventura rimangono comunque legati ad una visione decisamente oggettiva anche quando richiamano le sole qualità soggettive della vittima che possono "aumentare la resistenza al pericolo"¹⁰³.

Sebbene l'analisi di Dossetti sia ricca di notevoli spunti costruttivi, è tuttavia difficile affermare che essa persuada.

In primo luogo appare quanto meno problematico sostenere che S. Alberto Magno prescinda dalle peculiarità soggettive che possono diminuire la resistenza del *patiens* al pericolo, pregiudicandone in varia misura la libertà di formazione della volontà.

S. Alberto Magno, come abbiamo visto¹⁰⁴, fa, sì, riferimento all'uomo "*clarae dignitatis*"¹⁰⁵ o al principe che non teme "*hoc quod habet timere plebeius*"¹⁰⁶, ma dedica uno spazio anche alla donna¹⁰⁷, che "*naturaliter est timida*"¹⁰⁸.

È evidente che S. Alberto Magno intende determinare i confini di una normale *constantia*, di modo che entro certi limiti precisi sia possibile considerare le peculiarità del *patiens* che incidano sulla sua forza d'animo, rafforzandola o riducendola.

Né può meravigliare che S. Alberto Magno, ponendo l'accento sulle *qualitates* della vittima, che possono ridurre la resistenza al pericolo, ricordi la naturale fragilità che caratterizza le donne.

Proprio nel secolo preso in considerazione alcuni teologi (ed una folta schiera di predicatori e moralisti), richiamando anche la dottrina aristotelica, ritengono la donna contraddistinta da una particolare debolezza, cioè dalla facilità di piegarsi, di cedere dinanzi ai pericoli e, quindi, sottolineano la sua condizione di inferiorità rispetto all'uomo¹⁰⁹.

Non è questa la sede per compiere un'analisi della letteratura teologica

¹⁰² *Ivi*, p. 351.

¹⁰³ *Ibidem*.

¹⁰⁴ Vedi i parr. 5 e 6 del presente contributo.

¹⁰⁵ S. ALBERTO MAGNO, *op. cit.*, dist. XXIX, art. III, p. 206.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁷ D'altronde è DOSSETTI stesso a sottolineare il riferimento di S. Alberto Magno alla "debolezza naturale della donna" (*op. cit.*, p. 351).

¹⁰⁸ S. ALBERTO MAGNO, *op. cit.*, dist. XXIX, art. III, p. 207.

¹⁰⁹ Sul punto cfr., tra gli altri, CARLA CASAGRANDE, *La donna custodita*, in *Storia delle donne in Occidente. Il Medioevo*, sotto la direzione di Georges Duby e Michelle Perrot, Laterza, Bari, 1990, p. 88 ss.; LORENZO FABBRI, *Trattatistica e pratica dell'alleanza matrimoniale*, in *Storia del matrimonio*, a cura di Michela De Giorgo e Cristiane Klapisch-Zuber, Laterza, Bari, 1996, p. 103 s.

dell'epoca sul punto, in quanto del tutto lontana dall'oggetto del presente contributo, tuttavia non possiamo non ricordare alcuni passaggi dell'opera "De regimine principum libri III" di Egidio Romano per rendersi conto che anche il *doctor fundatissimus*, chiamato così per la profondità del suo pensiero, non si sottragga dal sottolineare ampiamente la fragilità delle donne: difatti esse, "*passionum insecuritrices*"¹¹⁰, difettano di razionalità¹¹¹ e si presentano "*voluntate et desiderio... instabiles et mobiles*"¹¹².

14. Appare, poi, altrettanto difficile da sostenere che S. Tommaso d'Aquino resti ancorato ad un'impostazione oggettiva¹¹³ trascurando ogni valutazione *ex parte subiecti*.

Ci sembra che l'elaborazione teorica di S. Tommaso d'Aquino offra elementi sufficientemente stringenti, tali da non lasciare margini a dubbi interpretativi.

Già Orio Giacchi ha proposto una lettura dei brani dell'Aquinate che appare certamente idonea a cogliere gli aspetti più significativi di quel pensiero.

Se la *constantia* per S. Tommaso d'Aquino, come d'altronde abbiamo già evidenziato¹¹⁴, è la capacità di seguire la *recta ratio*, evitando il "*maius malum*"¹¹⁵, e, quindi, rappresenta in pratica la capacità "di soppesare il male minacciato così da vedere se esso sia tale da indurre ad un matrimonio che altrimenti non sarebbe voluto"¹¹⁶, non si può non ritenere, secondo Giacchi, che tutte le condizioni personali del *patiens* siano da considerare perché sono proprio queste "insieme alle circostanze del caso, a far decidere al soggetto quale sia il male minore e quale il maggiore"¹¹⁷.

Ci sembra che così siano espressi fedelmente i concetti evidenziati da S. Tommaso d'Aquino. Ma, per evitare che la capacità di seguire la *recta ratio*

¹¹⁰ EGIDIO ROMANO, *De regimine principum libri III*, apud Bartholomeum Zannettum, Romae, 1607, rist. Scientia Verlag, Aalen, 1967, I Pars, lib. II, cap. XVIII, p. 272.

¹¹¹ Egidio Romano, difatti, afferma che "*in eis ratio deficit*", mentre l'uomo "*est ratione praestantior*" (*ibidem*).

¹¹² *Ibidem*.

¹¹³ GIUSEPPE DOSSETTI, *op. cit.*, p. 351, nota 2.

¹¹⁴ Vedi il par. 8 del presente contributo.

¹¹⁵ S. TOMMASO D'AQUINO, *Summa...*, cit., Suppl., q. 47, art. 2; *Commentum...*, cit., Dist. XXIX, q. I, art. II.

¹¹⁶ ORIO GIACCHI, *Il consenso...*, cit., p. 210.

La *constantia* per S. Tommaso d'Aquino "dev'essere... intesa come ragionevolezza, capacità di intendere per vedere gli elementi che si offrono alla scelta e capacità di volere per attuare tale scelta" (p. 211).

¹¹⁷ ORIO GIACCHI, *Il consenso...*, cit., p. 211.

possa essere riguardata diversamente, ancorandola comunque a criteri astratti, ci sembra necessario ricordare un altro passaggio dell'opera del *doctor angelicus*.

S. Tommaso d'Aquino, soffermandosi sulla volontarietà dell'atto compiuto per timore, fa esplicito riferimento ad un'azione, che deve essere riguardata "*hic et nunc et sub aliis conditionibus individualibus*"¹¹⁸, cioè ad un'azione considerata tenendo conto delle circostanze che l'hanno determinata e, appunto, di tutte le condizioni personali del *patiens*.

Tali elementi sono, dunque, valutati dal teologo di particolare rilievo al fine di verificare se davvero vi sia un'alterazione del processo motivazionale tale da spingere la vittima al compimento di un atto e sfuggire così al male minacciato.

Pertanto sia S. Tommaso d'Aquino, sia S. Alberto Magno non hanno presente un concetto di *constantia* che prescindendo da elementi di valutazione ricavabili dalla singola esperienza¹¹⁹.

Rivolgendoci, poi, al pensiero degli altri teologi considerati, è difficile pensare che, quando Giovanni Duns Scoto richiama la *recta ratio*¹²⁰ e quando S. Bonaventura e Riccardo di Mediavilla rappresentano il *vir constans* come un uomo in grado di determinare se il *metum inferens* abbia la capacità e la volontà di realizzare l'evento minacciato¹²¹, i suddetti studiosi siano fermi ad una valutazione del tutto ancorata a criteri aprioristici, che escludano ogni apprezzamento delle *qualitates* del *patiens* e della realtà sociale in cui avviene la minaccia.

15. L'approfondimento dei passaggi delle opere, via via esaminate nel corso del nostro contributo, porta dunque ad una precisa conclusione interpretativa. È un pensiero, quello dei teologi, di cui scorgiamo la traiettoria.

Ma la presenza, in dottrina, di orientamenti per nulla univoci ci ammonisce a procedere ad ulteriori considerazioni.

Si è sottolineato come la scienza teologica del XIII secolo non si fermi a misurare la gravità della *coactio* ricorrendo all'astratto criterio romanistico dell'uomo *constans*, indicando quindi semplicemente gli eventi coercitivi di tale natura da poter alterare la volontà di qualunque persona.

Appare anche evidente che essa non si accontenti neanche di formulare

¹¹⁸ S. TOMMASO D'AQUINO, *Summa...*, cit., I-II, q. 6, art. 6.

¹¹⁹ È naturalmente di questo avviso ORIO GIACCHI, *Il consenso...*, cit., p. 209 s.

¹²⁰ Vedi il par. 12 del presente contributo.

¹²¹ Vedi *supra* i parr. 7 e 11.

in modo particolareggiato criteri descrittivi sintetici, con cui individuare un uomo *constans*.

Traspare cioè la consapevolezza che la semplice determinazione aprioristica faccia correre il rischio di ritenere rilevante solo il male minacciato, considerato di per sé, indipendentemente da qualunque valutazione da parte del soggetto passivo, e di tutelare soltanto quei soggetti che presentino i caratteri del *vir constans* rigorosamente predeterminati.

I passi dei teologi del XIII secolo, su cui abbiamo ragionato, danno invece il dovuto risalto al legame tra il male minacciato ed il timore, da esso suscitato, non in astratto, ma in concreto, cioè tenendo conto delle condizioni di luogo e di tempo, in cui viene posta in essere la condotta coartante, e prendendo in considerazione le peculiarità del *patiens*, purché, però, tali peculiarità possano rientrare nei confini di una normale *constantia*.

È quindi naturale che i suindicati teologi, come abbiamo visto, impieghino le proprie forze nel rendere la ricchezza di significato del termine “*constantia*”, indicandone con precisione le coordinate perché non sia perduto il suo valore semantico.

Pertanto il riferimento al *vir constans* “sta soltanto ad indicare – come autorevolmente insegna Giacchi – la necessità che il ‘*metuens*’ abbia quella ‘*constantia*’ che gli può essere richiesta nelle sue condizioni specifiche e nelle circostanze concrete nelle quali egli dà il consenso”¹²², cosicché la *constantia* non è più vista come un criterio assoluto a cui ricorrere seguendo rigidi schemi.

L’apprezzamento oggettivo, in questo modo, viene attenuato e convenientemente armonizzato con la valutazione delle peculiarità soggettive del *patiens*.

Il pensiero teologico, avvertendo il rischio di trascurare la sostanza umana di alcuni rapporti sociali con il ricorso ad astratte categorie concettuali, risolve con un difficile lavoro argomentativo l’apparente assenza di *consonantia* logica¹²³ tra criterio oggettivo e quello soggettivo.

Emerge, così, con evidenza che alla riflessione teologica siano debitorie la *scientia iuris* dei secoli successivi¹²⁴ e, naturalmente, quella dei nostri giorni,

¹²² ORIO GIACCHI, *Il consenso...*, cit., p. 205.

¹²³ PIO FEDELE (*Sull’espressione “metus cadens in virum constantem” sulla violenza come vizio del consenso matrimoniale*, in *Dir. Eccl.*, 1935, II, p. 358) parla di “insanabile contraddizione logica” tra il criterio assoluto del *vir constans* e quello relativo.

¹²⁴ Particolarmente sugli approfondimenti della dottrina canonistica nei secoli successivi vedi, tra gli altri, GIUSEPPE DOSSETTI, *op. cit.*, p. 253 ss.; ORIO GIACCHI, *Il consenso...*, cit., p. 211 ss.

anche quando quest'ultima, pur senza richiami a tale riflessione, affronta il problema della *gravitas* della coazione in campi lontani dal diritto canonico¹²⁵.

¹²⁵ Su linee teoriche, non dissimili da quelle seguite dai teologi del XIII secolo, sembrano muoversi, prescindendo ovviamente da ogni esigenza spirituale, alcuni giuristi moderni in campi diversi da quello canonico. Limitiamoci a ricordare, tra gli altri, FRANCO CARRESI, *La violenza nei contratti*, in *Riv. trim. di dir. proc. civile*, 1962, p. 418 s.; FRANCESCO SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli, 1976, p. 167; RENATO SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Giuseppe Grosso e Francesco Santoro-Passarelli, vol. IV, Vallardi, Milano, 1966, p. 53 s.; PAOLO GALLO, voce *Violenza*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, XIX, Torino, 1999, p. 732; RODOLFO SACCO-GIORGIO DE NOVA, *Il contratto*, tomo I, Utet, Torino, 2004, p. 579.

Errore comune e forma giuridica del matrimonio

ROMUALDO GAMBALE

Partiamo da un caso concreto

Un sacerdote italiano missionario in Africa, dove si trova tuttora, venendo in patria per un breve periodo di riposo, dal parroco della parrocchia di San Simone Profeta riceve la delega per assistere al matrimonio di Filippo e Flavia. In realtà il matrimonio poi fu celebrato con grande solennità in una Villa del territorio di una parrocchia attigua, sembra senza chiedere la delega del parroco di quest'ultima parrocchia. Benediceva le nozze il padre missionario.

L'avvenuto matrimonio, celebrato nel 2002 con rito concordatario, dal parroco di San Simone fu comunicato al proprio Comune, ove tuttora risulta regolarmente trascritto.

Il matrimonio poi non ebbe buon esito. Quando la parte attrice chiese al parroco di San Simone l'atto di matrimonio per promuovere la causa di nullità per un capo di simulazione, apprese che all'atto di matrimonio mancava il nominativo e la firma del sacerdote che aveva benedetto le nozze e al suo posto c'era la firma del parroco: inoltre mancavano i nominativi con le relative firme dei testimoni; evidentemente ci fu trascuratezza da parte di chi doveva curare questa parte formale. Apprese queste irregolarità l'attrice, illuminata dal suo avvocato, realizzò che il sacerdote celebrante avrebbe dovuto avere la delega del parroco del luogo dove effettivamente fu celebrato il matrimonio e non quella del parroco di San Simone. Così dopo quattro anni si scopre che nella celebrazione di quel matrimonio c'era stata qualche irregolarità.

La parte attrice ora accusa di nullità il matrimonio per difetto di forma. Che dire nel merito?

L'occasione di questo caso concreto, ci induce ad una rivisitazione di un argomento poco ricorrente oggi: *l'errore comune applicato al sacerdote assistente alle nozze.*

Trattiamo in ordine: della forma giuridica nella celebrazione del matrimonio; della delega ad assistere; di alcuni cappellani con cura pastorale ordinaria; dell'errore comune; dell'errore comune di fatto e di diritto applicato al sacerdote assistente; del dubbio positivo e probabile. Illustriamo quanto esposto con alcuni esempi e concludiamo dando risposta al caso di sopra.

Forma giuridica del matrimonio

Secondo il Can. 1057, il matrimonio suppone l'abilità dei contraenti e si sostanzia nello scambio del consenso "*legittime manifestatus*". Si tratta di un fatto di estremo rilievo sociale, oltre che privato; la sua celebrazione non può avvenire che *in forma pubblica*, nell'interesse della comunità, degli stessi sposi e delle loro famiglie. La forma giuridica assicura questa pubblicità. È un principio fondamentale dell'ordinamento canonico della Chiesa e di tutti gli Stati civili moderni.

La Chiesa ha sempre voluto che il matrimonio, essendo un sacramento, fosse benedetto dal sacerdote, in modo che la grazia sacramentale fosse illustrata dal rito sacro della benedizione e che l'atto di matrimonio fosse garantito in foro esterno, per evitare i mali gravissimi dei matrimoni clandestini; ma tale pubblicità non sempre fu intesa come condizione di validità.

Utile un piccolo cenno storico.

Nelle Decretali di Gregorio IX si parla in tre luoghi dei matrimoni clandestini. Si riferisce un dettato del Concilio di Arles (a. 314), in cui si afferma che il matrimonio clandestino non gode di presunzione: "*sed illud alleganti incumbit onus probandi*"¹. Da un testo di Alessandro III (a. 1170?) si deduce che i matrimoni erano celebrati pubblicamente, ma non tutti; quelli celebrati in privato, cioè i clandestini, a volte erano talmente segreti da non potersi provare in foro esterno; tuttavia, dice il papa, "*qui ea contrahunt, ab ecclesia non sunt aliquatenus compellendi*"². Il terzo documento è di Innocenzo III che nel Concilio Lateranense IV (a. 1215) ordina: "*Praedecessorum nostrorum vestigiis inhaerendo, clandestina coniugia penitus inibemus, prohibentes etiam ne aliquis sacerdos talibus interesse praesumat*"; passa quindi il Papa a ordinare le investigazioni e le pubblicazioni opportune, per assicurarsi dello stato libero dei contraenti, ma non va oltre³.

¹ *Decretales Gregorii IX*, l IV, t III, cap 1.

² *Decretales Gregorii IX*, l IV, t III, cap 2.

³ *Decretales Gregorii IX*, l IV, t III, cap 3.

Come appare da questi documenti, in linea di principio, i matrimoni clandestini era considerati validi, ma esponevano a gravi inconvenienti. Il Concilio di Trento volle porre fine a questi abusi col celebre Decreto *Tametsi* dell'11 novembre 1563, che comincia con queste parole: "*Tametsi dubitandum non est clandestina matrimonia, libero contrahentium consensu facta, rata et vera esse matrimonia quandiu ecclesia ea irrita non fecit... nibilo minus Santa Dei Ecclesia ex iustissimis causis illa semper detestata est ac prohibuit*".⁴

Il testo del Concilio che costituisce un passaggio importante nella storia del matrimonio cristiano è il seguente: "*Qui aliter quam presente parrocho, vel alio sacerdote de ipsius parrochi seu Ordinarii licentia, et duobus vel tribus testibus matrimonium contrahere attentabunt: eos sancta Synodus ad sic contrahendum omnino inabiles reddit, et huiusmodi contractus irritos et nullos esse decernit, prout eos praesenti decreto irritos facit et annullat*"⁵.

Le fonti ci dicono che ci furono accese discussioni prima di giungere a questo testo. I padri dovettero chiarire a se stessi una delicata questione avanzata dai teologi: la formula proposta modificava la forma tradizionale del sacramento e questo in chiara opposizione alla sicura dottrina, secondo cui la Chiesa non può mutare le parti essenziali di un qualsiasi sacramento. In ultimo i padri trovarono una soluzione introducendo un impedimento dirimente, dichiarando "inabili" i contraenti a contrarre matrimonio al di fuori della forma richiesta⁶.

Il Concilio richiede la *presenza* del parroco, ma non definisce nessun ruolo attivo da parte dello stesso.

Competente era il parroco proprio dei fedeli definito in base al domicilio, e questo *ubique terrarum*. Sicchè il matrimonio dei fedeli, ovunque essi si trovassero, era vincolato al proprio parroco. Ma il testo del Concilio neppure parla chiaramente di *parroco proprio*, ma di *parroco*; la precisazione fu introdotta dalla giurisprudenza.

L'inconveniente maggiore creato dal testo del Concilio fu di averne subordinata l'obbligatorietà alla sua promulgazione nelle singole parrocchie e poiché questo non avvenne dappertutto, in numerose località i matrimoni clandestini continuarono a rimanere in vigore e questo particolarmente nell'Europa del Nord, creando non poca confusione nella Chiesa⁷.

⁴ Denzinger (edizione bilingue, EDB 2003), 1813.

⁵ Denzinger, 1816.

⁶ LUIGI SABBARESE, *Il matrimonio canonico nell'ordine della natura e della grazia*, seconda edizione ampliata, UUP, Roma, 2006, p. 300.

⁷ Ne *I Promessi Sposi* di Alessandro Manzoni che riproducono l'ambiente del 1600, c'è registrazione degli inconvenienti creati dal Decreto *Tametsi*. Renzo e Lucia o li sposava Don Abbondio che era il

Per risolvere i suddetti problemi i vescovi della Germania elaborarono, insieme alla Congregazione dell'Inquisizione, il decreto *Provida sapientique cura*, datato 18/01/1906, in cui si decretava, relativamente ai territori della Germania, “*omnes catholicos, etiam hucusque immunes a forma Tridentina servanda, ita adstringat, ut inter se non aliter quam coram parochio et duobus vel tribus testibus validum matrimonium celebrare possint*”⁸.

Finalmente Pio X, con il decreto *Ne tèmere* del 2/08/1907, in vigore dal giorno di Pasqua del 1908, promulgò per tutta la Chiesa Latina la forma definitiva della celebrazione, modificando in parte il *Tametsi*: “*Ea tantum matrimonia valida sunt, quae contrahuntur coram parochio vel loci Ordinario vel sacerdote ab alterutro delegato et duobus saltem testibus...*”⁹.

Così l'obbligo della forma canonica prescritta dal Concilio di Trento diventava veramente obbligatoria *ad validitatem*, per tutti i cattolici. L'ordinario e il parroco erano intesi *in senso territoriale* e non personale. Fu disposto anche che l'assistenza del sacerdote fosse attiva ed esercitata in piena libertà. Tutto questo è passato poi nel Codice del 1917 e, con poche differenze, anche nell'attuale del 1983.

La rubrica del capitolo, tanto del nuovo Codice come già in quello del 1917 è “*de forma celebrationis matrimonii*”, mentre nello schema di preparazione del Codice del 1917 si diceva “*de forma matrimonii*”. C'è differenza tra forma del matrimonio come patto coniugale e forma giuridica della celebrazione che esige alcune solennità stabilite dal diritto. Tradizionalmente si è inteso che *materia* del sacramento del matrimonio è la mutua trasmissione del consenso e *forma* la corrispettiva mutua accettazione dello stesso.

Riassumiamo in breve le indicazioni del nuovo Codice.

Sono validi soltanto i matrimoni contratti alla presenza dell'Ordinario del luogo o del parroco o anche alla presenza del sacerdote o del diacono delegato da uno di essi quali assistenti, nonché alla presenza di due testimoni.

proprio parroco, o non li sposava nessuno. Agnese aveva “sentito dire da gente che sa” una brillante idea e la propose ai due giovani, quella del *matrimonio clandestino*; ma si trattava invece solo del matrimonio *a sorpresa*: “ci vuole bensì il curato, ma non è necessario che voglia; basta che ci sia”. Agnese rispondendo ad una obiezione di Lucia commenta: “i religiosi dicono che veramente è cosa che non istà bene”; ma Renzo soggiunge: “Come può essere che non istia bene, e che sia ben fatta, quand'è fatta?” Tutto lo stratagemma consisteva in queste dichiarazioni dei nubendi: *questa è mia moglie, questo è mio marito*, dette alla presenza dei testi. Avvertiva Agnese: “Bisogna che il Curato senta, che i testimoni sentano, ed il matrimonio è bello e fatto, sacrosanto come se l'avesse fatto il Papa. Quando le parole son dette, il Curato può strillare, strepitare, fare il diavolo: è inutile, siete marito e moglie” (*I Promessi Sposi*, cap VI). Come è evidente la natura dell'assistente, privo di libertà, rivestiva di un significato prettamente notarile.

⁸ Denzinger, 3385.

⁹ Denzinger, 3469.

È precisato inoltre che *assistente al matrimonio* è soltanto il ministro che di persona chiede agli sposi la manifestazione del consenso e lo riceve a nome della Chiesa (Can. 1108, § 1-2).

L'Ordinario del luogo e il parroco, in forza dell'ufficio, assistono validamente, entro i confini del proprio territorio, non solo ai matrimoni dei sudditi, ma anche a quelli dei non sudditi, purché almeno uno di essi sia di rito latino (Can. 1109).

Se si tratta di Ordinario e parroco personali, essi assistono validamente soltanto ai matrimoni di cui almeno un contraente sia loro suddito e nell'ambito della propria giurisdizione (Can. 1110).

Delega ad assistere al matrimonio

L'Ordinario del luogo e il parroco possono delegare a sacerdoti e a diaconi la facoltà di assistere al matrimonio, ma solo entro l'ambito del proprio territorio (Can. 1111).

Tale delega deve essere *espresa*, cioè deve essere un atto positivo di volontà, che certo può essere esplicito, ma anche implicito, come quando il parroco assiste il delegato all'altare nella celebrazione del matrimonio. Non basta una delega presunta o interpretativa.

Si distingue una delega *speciale* e una delega *generale*. La delega *speciale* è quella che è data a un sacerdote o diacono determinato per uno o più matrimoni determinati; può essere data anche oralmente, ed anche per telefono. Quella *generale* riguarda tutti i matrimoni da celebrare, ad es. in un determinato periodo, sempre nell'ambito della giurisdizione del delegante.

È previsto che ove manchino sacerdoti e diaconi, l'Ordinario diocesano, previo voto favorevole della Conferenza Episcopale e ottenuta la licenza della Santa Sede, possa delegare anche dei laici ad assistere al matrimonio; deve trattarsi certo di laici idonei, capaci di istruire i nubendi e atti a celebrare nel debito modo la liturgia nuziale (Can. 1112).

Rientra nelle responsabilità precise di colui che da la delega e di colui che assiste al matrimonio a nome della Chiesa, accertarsi dello stato libero dei contraenti (Cann. 1113-1114).

Ci può essere anche *una forma straordinaria* della celebrazione del matrimonio, alla presenza dei soli testimoni; ma questo quando non si può avere la presenza dell'assistente competente senza un grave incomodo e in due circostanze: *in pericolo di morte* e quando, anche fuori del pericolo di morte, si può prevedere prudentemente che *tale stato di cose durerà per un mese* (Can. 1116).

La forma straordinaria in pratica è il ritorno alla prassi sostanziale che vigeva prima del Concilio di Trento, quando l'assistenza del sacerdote e la sua benedizione non erano richieste alla validità, ma ugualmente volute dalla Chiesa. Anche adesso, nella forma straordinaria, se è possibile occorre far intervenire un chierico per benedire le nozze, salva la validità delle nozze alla presenza dei soli testimoni (Can. 1116 § 2).

Un particolare non trascurabile è quello della registrazione del matrimonio (Cann. 1121-1123). Siccome quando uno si vuole sposare deve produrre la fede di battesimo, il modo più sicuro di saper se uno è già sposato o no, è quello di annotare il matrimonio su di un registro che deve essere consultato di necessità, quale è quello del battesimo. Se entrambi gli sposi sono stati battezzati nella parrocchia in cui viene celebrato il matrimonio, il parroco, oltre alla registrazione nel libro dei matrimoni, annota l'avvenuto matrimonio in calce all'atto di battesimo di ognuno degli sposi. Nel caso che uno o entrambi siano stati battezzati altrove, il parroco deve, quanto prima, avvisarne il rispettivo parroco perché ne faccia annotazione nel libro dei battezzati. Da noi si usa una cartolina con cedola di ritorno, con la quale il parroco celebrante ne dà comunicazione e sa se l'informazione è giunta nelle mani di chi di dovere.

Qualche piccola annotazione

Il Codice del 1917 parlava di *licentia* ad assistere al matrimonio. Così ad es. i Cann. 1095 § 2; 1096 § 1-2 del Codice del 17. Il Codice vigente parla di *facultas* ad assistere al matrimonio. Così ad es. il Can. 1111 § 1-2. Ora si prevede la possibilità che possano ricevere la delega non solo i sacerdoti, ma anche i diaconi, e perfino i laici; possono ricevere una delega generale sacerdoti e diaconi, indistintamente; mentre precedentemente questa possibilità era prevista solo per i *vicari cooperatori* addetti alla parrocchia (Can. 1097 § 1, Codice del 17). Si introduce ora anche la norma sul parroco e sull'Ordinario personale che possono assistere validamente al matrimonio dei loro sudditi solo nell'ambito territoriale della loro circoscrizione. Rimane il principio della territorialità nell'assistere al matrimonio, per cui l'Ordinario del luogo e il parroco assistono validamente nei confini del territorio tanto al matrimonio dei sudditi come dei non sudditi (Can. 1109), mentre l'Ordinario e il parroco personali hanno competenza solo per i sudditi (Can. 1110).

La facoltà del ministro ad assistere al matrimonio, per quanto sia da intendersi con ruolo attivo, non è propriamente un atto di giurisdizione; essa è "semplicemente l'atto di un ministro autorizzato e quindi di autenticazione

dell'avvenuto matrimonio davanti alla Chiesa”¹⁰. Ad essa si applicano i principi che regolano la potestà ordinaria e delegata, ma con le modalità specifiche per essa indicate; così ad es. non si applica il Can. 136 circa la potestà esecutiva per i propri sudditi fuori del proprio territorio.

Cappellani militari, dei marittimi e dei migranti

Quanto ai *cappellani militari* richiamiamo le norme specifiche essenziali, dalla Costituzione Apostolica *Spirituali militum curae* del 1986:

“Nell’ambito loro assegnato e nei confronti delle persone loro affidate, i sacerdoti che sono nominati cappellani nell’ordinariato godono dei *diritti* e sono tenuti ad osservare i *doveri dei parroci*, a meno che dalla natura delle cose o degli statuti particolari non risulti diversamente; tuttavia *cumulativamente* con il parroco del luogo...” (VII)¹¹.

La giurisdizione dell’ordinario militare è personale..., ordinaria... “propria ma *cumulativa* con la giurisdizione del vescovo diocesano, poiché le persone appartenenti all’ordinariato non cessano di essere fedeli di quella chiesa particolare del cui popolo, in ragione del domicilio o del rito, costituiscono una porzione” (IV).

Appartengono all’ordinariato militare e si trovano sotto la sua giurisdizione: “i fedeli che sono militari..., quanti compongono le loro famiglie..., coloro che frequentano scuole militari o si trovano degenti o prestano servizio negli ospedali militari..., tutti i fedeli, uomini e donne,..., che svolgono stabilmente un compito loro affidato dall’ordinario militare o con il suo consenso” (X)

Per quanto riguarda il *cappellano dei marittimi* richiamiamo la norma della Lett. Apost. *Stella maris* del 1997.

“Il cappellano dell’Opera dell’Apostolato del mare, che è designato dalla competente autorità per svolgere il ministero nei viaggi a bordo di una nave, è obbligato a prestare assistenza spirituale a tutti coloro che fanno il viaggio,

¹⁰ VELASIO DE PAOLIS, *Delega e supplenza di potestà per assistere al matrimonio*, in *Periodica*, 2003, p. 465. Teniamo sempre presente nel trattare il nostro argomento questo articolo, molto puntuale.

¹¹ GIOVANNI PAOLO II, Cost. Apost. *Spirituali militum curae*, qua nova canonica ordinatio pro spirituali militum cura datur, 21 apr. 1986, in *Enchiridion Vaticanum*, vol. 10 (1995), pp. 240-251. In questo medesimo documento si stabilisce anche: “Circa le cause giudiziali dei fedeli dell’ordinariato militare, competente in prima istanza è il tribunale della diocesi nella quale ha sede la curia dell’ordinariato militare; negli statuti si designerà in modo permanente il tribunale di appello. Se poi l’ordinariato ha il suo tribunale, gli appelli vanno fatti al tribunale che, con l’approvazione della Sede Apostolica, lo stesso ordinariato castrense avrà designato stabilmente” (XIV).

fin dal suo primo inizio, sia esso per mare, per lago o per fiume, fino alla sua conclusione” (VII, §1)¹².

Il cappellano “ha la facoltà speciale di amministrare il sacramento della confermazione, durante il corso del viaggio, a qualsiasi fedele, purché non ci sia a bordo nessun vescovo in regolare comunione con la sede apostolica, e sempre osservando tutte le prescrizioni canoniche” (VII, § 2).

Ed ecco la norma che ci riguarda: “Per assistere validamente e lecitamente al matrimonio durante il viaggio, il cappellano dell’Opera dell’Apostolato del mare dovrà ricevere *la delega* dall’ordinario o dal parroco della parrocchia in cui una o l’altra parte contraente ha il domicilio o quasi-domicilio o la dimora protratta per un mese, oppure, se si tratta di girovaghi, della parrocchia del porto dove hanno preso la nave. Il cappellano ha l’*obbligo* di trasferire al delegante i dati della celebrazione, agli effetti del registro del matrimonio” (VII, § 3).

Quella qui riportata è “una deroga di grande peso” non solo al Can. 1111 § 1 ma ad un principio costante che è quello della territorialità della delega per assistere al matrimonio; difatti qui si permette all’ordinario e al parroco di concedere la *delega fuori dei propri confini*. Il Legislatore è al di sopra del codice.

In un tempo di grande mobilitazione come è quello in cui viviamo, assume importanza il presbitero che ha ricevuto competente mandato dall’Autorità ecclesiastica per prestare assistenza in modo stabile ai migranti della stessa lingua o nazione o appartenenti alla stessa Chiesa *sui iuris*; si chiamano *cappellani/missionari dei migranti*: Sono muniti, in base al Can. 566 § 1, “di tutte le facoltà che richiede una ordinata cura pastorale”. C’è una recente Istruzione pontificia *Erga migrantes* con puntuali indicazioni nel merito¹³.

Riportiamo la norma che ci riguarda. “Il cappellano, cui è stata affidata una missione con cura d’anime, fatte le debite distinzioni, è *equiparato giuridicamente al parroco*, ed esercita la sua funzione *cumulativamente* con il parroco locale, con la facoltà altresì di assistere ai matrimoni degli sposi uno dei quali sia un migrante appartenente alla missione” (art. 7, § 2).

“Il cappellano... ha l’obbligo di compilare i libri parrocchiali a norma del diritto e di inviarne copia alla fine di ogni anno sia al parroco del luogo, sia a quello della parrocchia in cui è stato celebrato il matrimonio” (art. 7, § 3).

¹² GIOVANNI PAOLO II, Lett. Apost. motu proprio *Stella maris* de apostolatu maritimo, del 31 ian. 1997, in *Enchiridion Vaticanum*, vol. 16 (2001), pp. 56-73.

¹³ PONTIFICIO CONSIGLIO DELLA PASTORALE DEI MIGRANTI E DEGLI ITINERANTI, Istr. *Erga migrantes caritas Christi*, del 3 maggio 2004.

Errore comune e assistenza al matrimonio

Da quasi subito dopo il Codice del 1917 si iniziò a discutere dell'applicazione dell'errore comune al ministro assistente alla celebrazione del matrimonio. Ci fu comunque qualche resistenza perché si riteneva applicabile l'errore comune all'esercizio della giurisdizione, mentre la facoltà di assistere al matrimonio non è un atto di giurisdizione, ma poi nella giurisprudenza più consolidata si è superata la difficoltà. Per un certo tempo si è ritenuto di applicarla alle persone titolari *per ufficio*, così facilmente si applicava l'errore comune al parroco e molto più difficilmente al ministro delegato. Si pretendeva da parte di alcuni che ci fosse il *titolo colorato*, come è appunto l'ufficio, condizione richiesta in epoca precodificiale, ma che ritornava con insistenza anche dopo. Ci fu un decisivo passo in avanti con l'interpretazione autentica dell'allora Can. 209 nel 1952; questa dichiarava legittima l'applicazione del Canone al Sacerdote "*qui, delegatione carens, matrimonio assistit*"¹⁴.

In regime del Codice del 1917, la giurisprudenza fece una distinzione molto importante tra *errore comune di fatto* e *errore comune de iure*. L'allora Can. 209 parlava solo di "errore comune", senza fare distinzioni: la dottrina scoprì il concetto di errore *de iure* implicitamente contenuto in esso. L'errore comune *de facto* si ha quando tutta una comunità o quasi giudica erroneamente della facoltà di un sacerdote; si ha invece l'errore comune *de iure* quando tutta una comunità o quasi può essere indotta ragionevolmente a giudicare erroneamente della medesima facoltà, *per un fatto esterno, atto a indurre in errore*.

La teorizzazione dell'errore virtuale metteva a riparo da molte difficoltà e a poco a poco ottenne sempre più seguito. Per l'errore comune *de facto* si richiedeva il fatto dell'errore da parte di una comunità e questo non era facile da verificare, per la legittimazione dell'atto di matrimonio; invece per l'errore comune *de iure* era sufficiente il *fondamento* di tale fatto, per cui si poteva dire che tutti i fedeli, moralmente presi, attese le circostanze, fossero indotti ragionevolmente e necessariamente in errore. Nel primo caso si richiedeva che la comunità *di fatto* cadesse in errore, nel secondo caso era sufficiente la *possibilità fondata* di tale errore; né era necessario che molte persone di fatto cadessero in errore.

Il laborioso cammino della giurisprudenza e dell'interpretazione autentica accennata, ha condotto il legislatore a una norma assai più precisa e completa, quella del Can. 144 del nuovo Codice.

¹⁴ LA COMMISSIONE PER L'INTERPRETAZIONE DEL CODICE alla domanda: "*An praescriptum can 209 applicandum sit in casu sacerdotis, qui, delegatione carens, matrimonio assistit*", rispondeva "*Affermative*", 26 marzo 1952.

In errore communi de facto aut de iure, itemque in dubio positivo et probabili sive iuris sive facti, supplet Ecclesia, pro foro tam externo quam interno, potestatem regiminis executivam (§ 1).

Eadem norma applicatur facultatibus de quibus in Cann. 883, 966, et 1111, § 1 (§ 2).

Così l'istituto della *supplenza*, per la norma stessa, va applicato anche Can. 1111 § 1, che parla della *delega* ad assistere al matrimonio. Si precisa che questo Canone parla della delega sia *generale* che *speciale*¹⁵; quindi ad entrambe può essere applicata la supplenza. Del resto il Can. 1118 § 1 che stabilisce la forma giuridica del matrimonio richiama le eccezioni contemplate nel Can. 144, senza restrizioni. Convince di questa interpretazione la stessa dichiarazione autentica data del rispettivo Canone nel 1952.

La Chiesa *supplisce* la potestà di regime esecutiva e, nel caso del matrimonio *la facultà*, tanto nel caso dell'*errore comune di fatto* o *di diritto*, come nel caso di *dubbio positivo e probabile*, che può essere anch'esso sia *di diritto* sia *di fatto*.

La dottrina circa l'errore comune trae origine dal diritto romano¹⁶ e si riscontra anche nel diritto civile degli Stati moderni, così ad es., relativamente alla celebrazione del matrimonio, il *Codice Civile Italiano* all'*art. 113* stabilisce: "Si considera celebrato davanti all'ufficiale dello stato civile il matrimonio che sia celebrato dinanzi a persona la quale, senza avere la qualità di ufficiale dello stato civile, ne esercitava pubblicamente le funzioni, a meno che entrambi gli sposi, al momento della celebrazione, abbiano saputo che la detta persona

¹⁵ Nel Can. 1111 § 1 si parla tanto della delega generale quanto di quella speciale, e non solo di quella generale, come ha inteso ANTONINO ABATE, *Il matrimonio nella nuova legislazione canonica*, Queriniana, Brescia, 1985, p. 145. In questa interpretazione restrittiva c'è l'impronta non ancora scomparsa che il soggetto privo di giurisdizione, per poter indurre in errore comune i fedeli, dovesse possedere il *titulus coloratus*, dovesse essere un *praelatus putativus* un *praelatus aestimatus*. Ciò è contrario all'interpretazione autentica del vecchio Can. 209.

¹⁶ Abbiamo un primo cenno di giurisdizione supplita per errore comune in Ulpiano (libro 38 *ad Sabinum*, D. I, 14, 3), nel noto testo: *Barbarius Philippus* "servus fugitivus, Romae praeturam petiit et praetor designatur": si tratta di un servo fuggiasco che era stato creato pretore, nonostante fosse impedito, a causa del suo stato di servitù, di ricoprire questa carica.: Ulpiano ritiene doversi in questo caso reputare valido, per concessione della legge stessa, l'esercizio della giurisdizione del presunto pretore relativamente agli editti e ai decreti pronunciati; egli dice che questa soluzione è più umana, in quanto il popolo aveva attribuito al presunto pretore la potestà da esso effettivamente esercitata. Per lo sviluppo storico della giurisdizione supplita in ambito canonico e relativa bibliografia, vedi: PIO FEDELE, *Il funzionario di fatto nel diritto canonico*, in *Studi in onore di Francesco Scaduto*, vol. I, Casa editrice poligrafica universitaria, Firenze, 1936, pp. 323-379; FELIX ANTONIUS WILCHES, *De errore communi in iure romano et canonico*, Pontificio Ateneo Antoniano, Romae, 1940, pp. I-XXIII, 1-244; ANTONIO GUERRIERO, *Una importante questione di diritto matrimoniale canonico. La supplenza di giurisdizione nell'assistenza di un sacerdote privo di delega ad un determinato matrimonio*, Athena Mediterranea, Napoli, 1966, pp. 1-40.

non aveva tale qualità”¹⁷. L’altro caso in cui la Chiesa supplisce, quello del *dubbio positivo e probabile* si fonda su una tradizione canonistica che risale al sec. XVII, con Francesco Suarez (+ 1617)¹⁸.

Qualche sottolineatura

La concessione del Can. 144 è per il bene comune. Si parla di errore comune, ma si vuol salvaguardare il bene comune. Francesco Suarez definisce la *potestas* nella Chiesa: “*potestas publica regendi homines baptizatos ad salutem aeternam consequendam*” (*De censuris*, Disp. XIV, sect. I, n. 2, tom XXIII, pag. 366 s). L’ultimo Canone del Codice vigente richiama alla “suprema lex” della Chiesa che è quella della “*salus animarum*”. Il fine delle leggi nella Chiesa è consentaneo a quello della Chiesa stessa, “sacramento universale di salvezza”. Se la comunità civile, per il bene comune, dà valore agli atti posti dall’ufficiale di fatto, quanto più la Chiesa deve supplire a quegli atti di potestà esecutiva, posti da chi non aveva il potere, quando la comunità cristiana, sia pure per errore, gli abbia attribuito quel potere.

La *potestas* nella Chiesa si distingue in *legislativa, giudiziaria ed esecutiva* (Can. 135 § 1). La supplenza è ammessa solo per quanto riguarda la potestà esecutiva, e tanto nel foro interno, ad es. nel sacramento della penitenza, come in quello esterno, come è appunto quello del matrimonio.

La supplenza è una *delega a iure*; non è una *sanatio* di un atto nullo, perché la legge dà la facoltà al ministro di quella celebrazione e l’atto è legittimo dal suo inizio. È diverso dal caso dell’atto della potestà ordinaria legata all’ufficio, il cui titolare aveva la potestà anche prima e continuerà ad averla anche dopo dell’atto; è diversa dalla potestà di chi aveva avuto una delega generale, che si

¹⁷ “Come è noto, secondo i principi generali del diritto amministrativo, gli atti compiuti da pubblico ufficiale, la cui investitura o nomina sia viziata o manchi del tutto, sono validi quando l’esercizio della funzione sia per l’ente essenziale o indifferibile (*teoria del funzionario di fatto*). Ai fini della tutela del vincolo matrimoniale, si è ispirato a questi principi l’art. 113 Cod. Civ., che attribuisce validità al matrimonio celebrato da persona che, senza avere la qualità di ufficiale dello stato civile, ne esercita le funzioni. Occorrono, però, due condizioni: l’esercizio delle funzioni deve avvenire pubblicamente, ossia in modo palese a tutti (*requisito oggettivo*); buona fede di almeno uno degli sposi (*requisito soggettivo*)” (ANDREA TORRENTE – PIERO SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, ed. 12, Giuffrè, Milano, 1985, pp. 867-868).

¹⁸ FRANCESCO SUAREZ, *De sacramentis*, III, disp. 26, tom 22, p. 553, fu il primo a porsi il quesito, restringendolo al sacramento della penitenza: *Utrum liceat hoc sacramentum ministrare cum iurisdizione delegata, dubia tantum vel probabili*. Dopo di lui moralisti e canonisti, con poche eccezioni, ne accoglievano il principio e lo estendevano anche ad altre materie. Alcuni richiedevano che tale dottrina venisse applicata solo in casi particolari di vera necessità ed utilità dei fedeli.

comporta quasi allo stesso modo di chi ha potere ordinario; è diversa anche dal titolare di delega speciale, che ne ha potere prima e col compimento dell'atto si esaurisce. Il delegato *a iure* con la supplenza non aveva potere prima dell'atto, ne ha potere al momento e, nelle stesse condizioni, può adoperarne per casi consecutivi, come si verifica per il confessore che, in confessionale, assolve il penitente per errore comune e può assolvere gli altri penitenti che si presentano a confessarsi dopo.

La supplenza riveste di carattere straordinario ed è un rimedio transitorio; si applica solo nelle condizioni ammesse dal Can. 144. Alcune di queste condizioni provengono dal soggetto passivo o destinatario della potestà, altre dal soggetto attivo che pone l'atto¹⁹.

La supplenza può verificarsi solo per il sacerdote e il diacono (Cann. 144 § 2; 1111 § 1), non già per il laico, che pure può essere delegato nei casi previsti dal Can. 1112.

L'errore comune di fatto o di diritto

L'errore "*est falsum de aliqua re iudicium, sine conscientia falsitatis efformatum*"²⁰. Si tratta di un giudizio, quindi di un atto positivo dell'intelletto che non corrisponde a verità; ciò significa che la stima che l'intelletto ha avuto della cosa non è conforme alla realtà di essa, e qui sta l'errore.

Il concetto di errore richiama quello dell'ignoranza, che è solo affine, ma anche molto diverso. "*Ignorantia supponit rem aliquam nullatenus fuisse ab intellectu apprehensam ideoque circa illam nullum pronunziatum fuisse iudicium*"²¹. L'ignoranza implica uno stato negativo della mente, carente di conoscenza. Per San Tommaso implica la carenza di quelle nozioni che uno può e deve sapere: "*carere scientia quam quis natus est habere*"²²; mentre la mancanza della scienza che uno non può avere, può essere detta "nescienza".

L'errore dunque dice più dell'ignoranza. "*Error autem est approbare falsa pro veris; unde addit actum quondam super ignorantiam: potest enim esse ignorantia sine hoc quod aliquis de ignotis sententiam ferat, et tunc est ignorans et non errans; sed quando iam falsam sententiam fert de his quae nescit,*

¹⁹ JULIO GARCÍA MARTÍN, *Le norme generali del Codex Iuris Canonici*, ed. 2, Edieurcla, Roma, 1996, commento al Can. 144, pp. 516-519.

²⁰ GOMMARUS MICHIELS, *Principia generalia de personis in Ecclesia*, Editio altera, Romae, 1955, p. 649.

²¹ *Ivi*.

²² *Summa Theologiae*, I-II, q. 76, art. 2.

*tunc dicitur errare*²³. Normalmente quindi l'errore nasce dall'ignoranza e, comunque, la suppone.

Può essere utile qualche parola in più, seguendo il ragionamento di San Tommaso.

San Tommaso con Aristotele distingue tre operazioni della mente: la *semplice apprensione* delle idee; il *giudizio* su di esse e il *ragionamento*. L'intelletto attinge in noi criticamente la verità non nel momento in cui riceve la rappresentazione delle cose cioè nell'astrazione, che è la prima operazione dell'intelletto, ma quando *proclama* che quella rappresentazione ha *carattere obiettivo*. Ciò avviene col giudizio, in cui l'intelletto "*componit aut dividit affirmando et negando*"²⁴. In pratica, nel giudizio l'intelletto fa la comparazione fra due concetti semplici; ora o trova che quei due concetti si identificano, o trova che si escludono, o non trova alcuna relazione tra loro. Se si dà questo terzo caso, l'intelletto si astiene dal pronunciare giudizio; se, invece, trova che essi si *identificano eos componit in unum, affirmando unum de alio; se percepisce che c'è discrepanza tra loro, eos dividit, negando unum de alio*²⁵.

Nell'atto del giudizio si può distinguere, secondo la Scolastica, una *materia* e una *forma*. La materia è costituita dai due concetti che sono gli estremi del giudizio, cioè il *soggetto* e il *predicato*; la forma è costituita dalla *copula*, che è l'atto della mente che compone o divide il soggetto e il predicato. Esempi: la neve è bianca; oggi è una bella giornata; il mare non è agitato; Tizio non è attento alla lezione. Come si vede, si tratta di un giudizio che noi facciamo così sinteticamente che quasi non ce ne accorgiamo neppure; ma è un giudizio reale, positivo, che costituisce una nuova conoscenza che acquisisce il soggetto. Non è indifferente per noi *comporre o dividere* il soggetto e il predicato o non operare nessun giudizio.

Perché avvenga il giudizio si suppone che la persona conosca i termini e che stabilisca fra loro una comparazione, in modo che appaia la convenienza o la discrepanza. In ogni giudizio la mente vede se il predicato inerisce nel soggetto o meno, cioè se conviene o non conviene con esso; *il giudizio è la percezione di quel rapporto*, però non in quanto è semplicemente appreso ma *in quanto è asserito*.

Un eventuale errore può esserci nel giudizio della mente, in quanto essa compone o divide erroneamente il soggetto e il predicato; in questa operazione

²³ THOMAS AQUINAS, *De Malo*, q. 3, a. 7.

²⁴ THOMAS AQUINAS, *De Veritate*, q. 14, a. 1.

²⁵ FRANCESCO SAVERIO CALCAGNO, *Philosophia Scholastica*, vol. I, ed. 4, M. D'Auria Editore, Napoli, 1963, p. 51.

dell'intelletto può esserci *la verità o l'errore*; per cui si deve affermare che la verità e l'errore *non* si trovano primariamente *nelle cose ma nella mente*, in quanto essa compone o divide.

Veniamo a noi. Il soggetto e il predicato, nel nostro caso, sono il sacerdote o il diacono e la facoltà o idoneità ad assistere al matrimonio. Chi fa il giudizio è un'altra persona; quest'altra persona fa la *copula* fra il soggetto e il predicato *componendo* o *dividendo*. Evidentemente la persona per comporre o dividere deve avere *una ragione*, non lo può fare alla cieca; il suo deve essere sempre un atto razionale; però la ragione può non essere giustificativa per ogni aspetto, per cui il giudizio fondato su di essa è erroneo. Un esempio molto semplice: c'è un sacerdote che non ha la facoltà di confessare; per sua comodità egli è andato nel confessionale a recitare il breviario, lì sta comodo e c'è la luce; arriva in chiesa un fedele che desidera confessarsi, vede il sacerdote nel confessionale, *giudica* dentro di sé che quel sacerdote è disponibile per le confessioni, *per cui si è messo nel confessionale*; si accosta a lui chiedendo la cortesia di confessarlo. Questo penitente è caduto in errore giudicando che quel sacerdote può confessare. Il fondamento di questo errore è stato l'aver visto il sacerdote nel confessionale; questo fondamento è *idoneo a farlo cadere in errore ragionevolmente* ed anche altri fedeli sarebbero potuti cadere nello stesso errore.

L'errore può essere di una sola persona, ma può essere anche di più persone; addirittura di tutta la comunità presente o di tutta una parrocchia. Nel caso dell'errore comune di cui nel vecchio Can 209, la dottrina aveva escogitato l'errore comune *de iure* come risolutivo dei vari problemi. L'errore comune *de facto* richiedeva l'errore effettivo da parte di una comunità, mentre per l'errore comune *de iure* era sufficiente che ci fosse il *fondamento* di tale fatto, cosicché tutti i fedeli, moralmente presi, attese le circostanze, sarebbero stati indotti ragionevolmente e necessariamente in errore. Questo era un punto di arrivo pacifico della dottrina prima del nuovo Codice, quando si finiva per intendere il Can. 209 quasi esclusivamente in questa ultima prospettiva.

Il nuovo Can. 144 conferisce la *supplenza*, senza fare distinzioni, tanto nel caso *dell'errore comune di fatto* come nel caso *dell'errore comune di diritto*. Tale possibilità poi è applicabile tanto alla facoltà di un parroco nell'assistere al matrimonio, come alla delega generale e a quella speciale, nel senso già spiegato. Indubbiamente deve trattarsi sempre di *errore comune*, anche se solo virtuale²⁶.

²⁶ È certamente sempre più facile vedere il fondamento quando si tratta di un parroco o anche di un sacerdote o diacono che hanno avuto una delega generale, anziché quando si tratti di un ministro che ha avuto la delega speciale; ma non si può escludere questa eventualità. Avvertiva già a suo tempo FELICE MARIA CAPPELLO, *Tractatus canonico-moralis de Sacramentis*, vol. V: *De Matrimonio*, ed. 6, Marietti, Torino, 1950, p. 657, n. 671: "Est quaestio facti. Attendendae sunt circumstantiae, potissimum erroris fundamentum, ratio agendi sacerdotis, paroecianorum opinio".

Il dubbio positivo e probabile sia di diritto che di fatto

L'altra eventualità in cui la Chiesa supplisce la potestà esecutiva del ministro si ha quando egli è preso dal dubbio positivo e probabile, sia di diritto che di fatto, circa l'effettivo possesso di quel potere. L'errore evidentemente va visto da parte dei fedeli, il dubbio invece va visto *da parte del ministro* che deve, nel caso, esercitare una determinata facoltà.

Anche su questi termini qualche parola esplicativa.

Il dubbio si definisce "*status mentis haerentis inter duas sententias sibi contrarias evidentiaque objectiva carentes*". Nello stato di *certezza* l'intelletto comprende i termini del giudizio e di essi pronunzia il giudizio, componendo o dividendo, senza paura di sbagliare; se compone il giudizio ma con la paura di sbagliare si ha l'*opinione*. Nello stato di *ignoranza* l'intelletto non percepisce neppure i termini del giudizio. Nello stato di *dubbio*, al contrario, l'intelletto apprende davvero i termini del giudizio, "*de iis tamen nihil affirmat*"; l'intelletto resta "*anceps*" tra le due possibilità: non aderisce positivamente a nessuna delle due e non dissente positivamente da nessuna delle due²⁷.

Nel caso del dubbio, San Tommaso distingue due posizioni in cui l'intelletto può restare *anceps*: "*vel propter defectum moventium*", come nel caso in cui non si scoprono le ragioni, "*vel propter apparentem aequalitatem eorum quae movent ad utramque partem*"²⁸. In pratica questa è la distinzione tra *dubbio positivo* e *dubbio negativo*: il primo quando ci sono ragioni o motivi a sostegno di entrambe le posizioni, il secondo quando da nessuna delle due parti ci sono ragioni serie.

Si distingue anche un *dubium iuris* e un *dubium facti*; il primo si ha "*quando versatur circa ipsam existentiam aut permanentiam alicuius legis, vel circa comprehensionem aut extensionem alicuius legis certe existentis*"; il secondo si ha "*quando, dum certa est legis existentia eiusque vis seu comprehensio teoretica, non constat de existentia vel natura concreta casus determinati a lege ordinati, quando dubitatur scilicet num in casu quodam particulari, relate ad factum concretum seu rem aut personam determinatam, reapse verificentur conditiones physicae vel iuridicae ad hoc ut lex illi applicetur requisitae*"²⁹.

²⁷ GOMMARUS MICHIELS, *Normae Generales Iuris Canonici*, vol. 1, Editio altera, Romae, 1949, pp. 414-415.

²⁸ THOMAS AQUINAS, *De Veritate*, q. 14, art. 1.

²⁹ GOMMARUS MICHIELS, *op. ult. cit.*, p. 417.

Alcuni esempi illustrativi

Un sacerdote è stato nominato parroco, ma invalidamente perché egli si è procurata la nomina per simonia. La provvisione a un ufficio ecclesiastico per simonia “*ipso iure irrita est*” (Can. 149, § 3). Intanto questo sacerdote prende possesso della parrocchia, confessa e assiste ai matrimoni in parrocchia. Le sue assoluzioni sono valide e validi i matrimoni che egli assiste e benedice per errore comune; e questo finché la sua nomina non sarà dichiarata formalmente nulla dal vescovo.

Un sacerdote religioso aiuta spesso un parroco anziano nella sua parrocchia; per un certo tempo lo sostituisce *in toto* con delega scritta quando il parroco si è dovuto ricoverare in ospedale per due mesi. La delega specificava “finché sarà assente il parroco”. Poi, grazie a Dio, ritorna il parroco in parrocchia e la delega cessa. Un giorno c’è un matrimonio in chiesa, il sacerdote religioso viene a sapere che il parroco è alquanto stanco, gli telefona a casa e generosamente dice alla sorella del parroco che il fratello si può risparmiare restandosene in riposo a casa perché al matrimonio in chiesa provvederà lui. Questo sacerdote assiste effettivamente al matrimonio, assente il parroco. Il matrimonio è valido, se non per delega implicita, per errore comune.

Il parroco assiste validamente ai matrimoni “*intra fines sui territorii*” anche a quelli dei non sudditi; ma per circostanze straordinarie questo matrimonio è celebrato in casa. Per mutamenti avvenuti nel tempo, oggettivamente non sono chiari i limiti della parrocchia. Se resta il dubbio positivo e serio che quella abitazione rientri nella sua competenza, egli può procedere ad assistere al matrimonio: la Chiesa supplisce, perché il ministro aveva un dubbio positivo e probabile.

Il vicario parrocchiale in una parrocchia ha i compiti che gli assegna il vescovo nel decreto di nomina e quelli che gli affida il parroco col quale collabora (Can. 548). Egli assume interinalmente il governo della parrocchia nei casi di vacanza della parrocchia, per impedimento del parroco non più in grado di esercitare il suo ufficio, e questo finché non sia nominato un amministratore parrocchiale (Can. 541). In una parrocchia al vicario parrocchiale era stato affidato il compito di curare esclusivamente la pastorale giovanile. Se in parrocchia si viene a creare una situazione difficile, per cui egli dubita se la parrocchia sia vacante o il parroco sia veramente impedito dall’esercitare il suo ufficio e intanto in chiesa è programmata la celebrazione di un matrimonio. Egli può assistere al matrimonio, se non per diritto in base al Can. 541, per il dubbio positivo e probabile nel qual caso c’è la suppletiva della Chiesa.

Non è necessario che insieme al dubbio positivo e probabile concorra

l'errore comune, come già avvertiva P. Cappello³⁰; ma nel caso “*de sacerdote simpliciter nullo officio fungente*” se esiste il dubbio se si dia o meno l'errore comune, in forza del Can. 144, è certo che la Chiesa supplisce³¹.

E allora che dire del caso proposto al principio?

È certo che sulla validità della forma giuridica del matrimonio in caso non è stato avanzato dubbio per i quattro anni successivi alla celebrazione; come è certo che il parroco di San Simone Profeta abbia, a suo tempo, ritenuto valido il matrimonio, tanto è vero che ne diede comunicazione al Comune per la trascrizione civile.

Gli sposi, i parenti e gli invitati erano convinti che tutto avvenisse nella legalità; tutti ritenevano e giudicavano che il sacerdote missionario era debitamente autorizzato a benedire le nozze, perché delegato dal parroco di San Simone che aveva curato la documentazione, essendo parroco degli sposi o di uno di essi. Ci voleva, invece, la delega del parroco territoriale. Qui sta l'errore che, ritengo, errore comune. Il fondamento di questo errore comune sta nel fatto che il sacerdote missionario aveva ricevuto una delega, a conoscenza di tutti, anche se non era la delega che ci voleva.

Non si può escludere per principio poi che il missionario abbia avuto la delega dal parroco territoriale, delega che poteva essere data anche oralmente. Questa eventualità si può accertare solo ascoltando il padre missionario e il parroco territoriale. Ma se queste persone non si possono ascoltare, supponiamo perché

³⁰ FELICE MARIA CAPPELLO, *op. cit.*, p. 655, n. 670. Qui il canonista aggiunge: “*satis est sive error communis, etiam cum certitudine ex parte parochi vel Ordinari de carentia iurisdictionis, sive dubium iuris aut facti ex parte eiusdem parochi vel Ordinari, sine errore communi ex parte aliorum*”.

³¹ È questa la conclusione cui giunge VELASIO DE PAOLIS, *op. cit.*, p. 465, già intuita da BIGADOR, in *Monitor Ecclesiasticus*, 1952, pp. 411-418 e così espressa da MATTHEUS CONTE A CORONATA, *Institutiones Iuris Canonici, De Sacramentis*, vol. III *De Matrimonio*, ed. tertia, Marietti, Torino, 1947, p. 754, n. 538: “*Si vero agatur de sacerdote simpliciter nullo officio fungente, quod fundamentum praeberet possit errori communi, questio est difficilior... At quidquid est de hac difficultate, si de facto error communis existit, etsi agatur de sacerdote simpliciter nullo officio gaudente, dicendum est Ecclesiam, ..., potestatem supplere. Quodsi in aliquo casu, bene consideratis... facti circumstantiis, adhuc dubium remaneat utrum error communis verificetur assistentia... valida habenda erit modo certo, quia in dubio positivo sive iuris sive facti, etiam quando agitur de sacerdote delegato, certum est Ecclesiam potestatem supplere*”. Circa l'applicazione del Can. 144 alla forma del matrimonio, annota RAFAEL NAVARRO VALLS, *Codice di Diritto Canonico e Leggi complementari commentato*, edizione italiana diretta da J. I. ARRIETA, Coletti a San Pietro, Roma, 2004, commento al Can 1111, p. 748: “*analizzando i lavori preparatori del CIC, sembrerebbe che la ratio... sia quella di limitare al massimo le ipotesi di nullità per difetto di forma, facendo sì che la supplenza agisca il maggior numero di volte possibile. Non sembra, per questo, possibile sostenere oggi la tesi secondo cui l'errore comune deve necessariamente essere unito alla nozione di interesse pubblico o generale, come ha sostenuto la giurisprudenza successiva alla risp. della PCI del 26/03/1952: sarà sufficiente il bene privato (un solo matrimonio) perché possa applicarsi l'istituto della supplenza*”.

decedute o dicano di non ricordarsi, si può ritenere valido il matrimonio, se non altro per supplezza della Chiesa in errore comune. Io credo che questo errore presenti gli estremi per essere determinato errore di fatto e di diritto.

Se resta ancora qualche dubbio ci si può richiamare ai principi riflessi: quando si dubita del fatto stesso: “factum in dubio non praesumitur, sed probari debet”; ma quando il fatto principale è al sicuro e si dubita di ciò che è accessorio al fatto principale, come nel nostro caso, il principio cui ricorrere è questo: “in dubio praesumitur factum quod de iure faciendum erat, aut quod ordinarie fieri solet”.

*Comunicazione e conoscenza degli atti amministrativi in diritto canonico**

GAETANO LO CASTRO

1. Esternazione, comunicazione e conoscenza dell'atto amministrativo canonico nel diritto vigente

Com'è noto, l'atto amministrativo non va promulgato secondo le forme previste per le leggi dal can. dal can. 8 § 1 e 2 del codice (tanto che la mancata promulgazione è una riprova della sua natura non legislativa), ma, per la sua efficacia, deve essere comunicato o notificato secondo una forma adeguata, portato cioè a conoscenza dei soggetti o del soggetto interessato (una persona fisica o una persona morale nei suoi rappresentanti).

È parimenti noto come il diritto canonico vigente detti regole precise circa la comunicazione (o notificazione) di un decreto amministrativo singolare, necessaria perché esso possa esplicitare gli effetti suoi propri: il decreto è efficace dal momento in cui è stato notificato (*intimatur*) dall'autorità che lo assume, ovvero dal momento in cui è stato reso esecutivo se la sua applicazione fu affidata ad un esecutore (can. 54 § 1); d'altra parte, perché si possa chiedere l'adempimento di un decreto singolare è necessario che sia notificato mediante un legittimo documento "ad normam iuris" (can. 54 § 2). Il codice prevede anche l'eccezionale ipotesi in cui, fermo restando quanto dallo stesso prescritto per l'*esternazione* degli atti amministrativi in generale (can. 37) e dei decreti in particolare (can. 51) (esternazione da non confondere, come dirò in seguito, con la predetta notifica o comunicazione), la notifica non possa essere fatta mediante consegna del documento scritto, e regola quindi la necessaria attività sostitutiva (cfr. can. 55 e 56).

Questa specifica normativa non esisteva nel codice del 1917. Non vi può essere dubbio, tuttavia, che, non ostante ciò, dovesse allora reputarsi in ogni

* Destinato agli Studi in onore di Piero Pellegrino.

caso necessaria, per l'*efficacia* di un atto non legislativo dell'autorità ecclesiastica, la sua partecipazione ai soggetti interessati, secondo forme che, seppur dal diritto positivo non previste, dovevano ritenersi richieste dalle esigenze intrinseche alla natura dell'atto stesso.

È ben vero al riguardo che prima della sistemazione offerta dal codice del 1983 non fosse possibile in diritto canonico una teorizzazione dell'atto amministrativo con riferimento ad una specifica normativa, e non fosse quindi possibile individuare in una fattispecie normativa l'esigenza della notifica dell'atto come requisito per la sua efficacia. Ma se un atto di natura amministrativa si dava non poteva esso non presentare, sempre, una fase procedimentale costitutiva, sia pure regolata in prassi, e, quasi sempre, se richiesta dalla natura dell'atto, una fase procedimentale integrativa per l'efficacia, essa pure regolata in prassi.

In verità, un atto destinato ad incidere su situazioni giuridiche soggettive, pur perfetto e completo che sia nei suoi elementi costitutivi, non può essere reputato efficace fin quando non esce, per così dire, dalla sfera giuridica dell'autorità che lo assume, per entrare in quella dei soggetti – privati o pubblici, individuali o collettivi – cui è diretto, così acquisendo una dimensione giuridica.

La *conoscenza* dell'attività giuridica (privata o pubblica; d'imperio o paritaria) non rappresenta soltanto un profilo strumentale che può essere o non essere soddisfatto, ma è essenziale per il sorgere del rapporto giuridico intersoggettivo (in senso lato), elemento nel quale s'incarna e intorno al quale si costruisce l'idea stessa del diritto.

Da qui l'attenzione riservata dagli ordinamenti giuridici più evoluti a questo delicatissimo ma essenziale aspetto dell'esperienza giuridica e la regolazione delle varie forme attraverso le quali la conoscenza della fattispecie deve essere resa possibile perché sia proiettata nella dimensione della giuridicità, rappresentando le forme di comunicazione per la conoscenza talora un onere, talora un obbligo, secondo che quella dimensione *possa* o *debba* essere acquisita¹.

Può il diritto non prevedere né sancire alcunché riguardo alla 'comunicazione' di atti o di fattispecie in generale, soprattutto in stadi di provvisoria maturazione tecnica di taluni rami dell'ordinamento; o potrebbe anche lasciare il problema ad una prassi più o meno consolidata. Nell'ordinamento canonico, ad esempio, ciò si dava vigendo il codice del 1917 per gli atti di natura amministrativa, essendo allora incerta, fra l'altro, la loro stessa individuazione.

Ma è sempre richiesto dall'essenza stessa della dimensione giuridica che

¹ SALVATORE PUGLIATTI, *Conoscenza*, in *Enc. dir.*, IX, Giuffrè, Milano, 45-131.

l'atto sia manifestato in una forma adeguata alla sua natura ed alla finalità cui esso mira, come del resto la dottrina ritiene per l'atto amministrativo negli ordinamenti secolari (l'italiano, ad esempio), nei quali il diritto non si preoccupa di regolare con una normativa generale la comunicazione dello stesso. È stato sostenuto al riguardo (ed è stato così individuato e fissato un principio generale) che "l'autorità amministrativa può adottare qualsiasi forma di comunicazione dell'atto amministrativo, purché sia raggiunto lo scopo di dare congrua notizia del provvedimento"².

L'esigenza della comunicazione o partecipazione dell'atto amministrativo agli interessati dovrebbe essere, del resto, ancor più ferma nell'ordinamento canonico (come dimostra la normativa dettata dal recente codice) che negli ordinamenti secolari, ove la dottrina suole distinguere fra atti *recettizi* (che hanno bisogno di essere ricevuti dai loro destinatari per il loro compimento) ed atti *non recettizi*, ritenendo essa, sebbene con diversità di posizioni, che la comunicazione è essenziale per l'efficacia solo nella prima ipotesi (vale a dire per gli atti che debbono essere ricevuti, gli atti recettizi)³.

È bene precisare che la *comunicazione* dell'atto, necessaria per la sua efficacia, non si identifica con la sua *esternazione* o *forma*, la quale configura un requisito essenziale per la sua *perfezione*, perché l'atto, in altri termini, si dia.

La distinzione fra efficacia e perfezione dell'atto, che riguardano due momenti diversi del procedimento amministrativo, si può ricavare dalle disposizioni dei can. 37 e 51, da una parte, e dei can. 54-56, dall'altra. I primi prescrivono l'esternazione (o forma) degli atti amministrativi in generale e dei decreti in particolare, per i quali dispongono che deve essere fatta per iscritto se trattasi di atti riguardanti il foro esterno (sempre, quindi, nel caso dei decreti), lasciando intendere che può essere fatta in forma orale per gli atti riguardanti il foro interno (e in dottrina si ritiene che, non trattandosi in tal caso di una norma irritante, l'inottemperanza della forma scritta nell'atto amministrativo concernente il foro esterno non conduce alla invalidità dello stesso, per il principio fissato nel can. 10 del codice, per il quale sono inabilitanti o irritanti solo le norme che sanciscono tali effetti in modo espresso). I secondi, cioè a dire i can. 54-56, riguardano la comunicazione degli atti formati e completi nel loro procedimento costitutivo, vale a dire degli atti perfetti.

Riassumendo quanto fin qui detto, possiamo dunque affermare che dal complesso normativo richiamato si desume che in diritto canonico il docu-

² Cons. Stato, sez. VI, 7 dic. 1960, n. 1037, in *Il Consiglio di Stato*, 11 – 1960, I, 2369.

³ ALDO SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1940, 240-253.

mento scritto nel quale l'atto è consegnato (di regola dalla stessa autorità che l'assume, ma talora anche da altra autorità deputata alla certificazione) non è essenziale per la perfezione dell'atto, non rappresentando la sola forma o il solo modo di esternarlo (e dunque occorre distinguere in principio l'atto amministrativo dal documento che lo raccoglie o lo rappresenta); ma è necessario per la sua comunicazione; così si arguisce dai can. 54 § 2 e 55: perché si possa esigere quanto disposto da un decreto singolare è richiesto che sia intimato mediante un documento legittimo conforme a diritto, e se vi sono gravi ragioni per non consegnare il documento ai destinatari, è necessario che sia loro letto, secondo le particolari modalità fissate nel can. 55.

L'atto perfetto, assunto ed esternato nelle forma prescritte, può essere comunicato in qualunque tempo (si conoscono provvedimenti dell'autorità ecclesiastica rimasti nel cassetto per molti anni); ma solo dal momento in cui è comunicato può essere efficace (*può*: perché potrebbe esso stesso disporre una efficacia differita).

Sotto un profilo di ricostruzione dogmatica della materia, l'atto esiste fin dal momento in cui è perfetto, completo nei suoi elementi costitutivi, compresa la forma o esternazione.

Si può discutere se esso, non essendo stato ancora notificato, e non avendo quindi efficacia, produca taluni effetti preliminari o prodromici, simili a quelli che si hanno nei negozi giuridici sottoposti a clausole che ne subordinano o ne rinviando l'efficacia (quali sono la condizione o il termine). Si può disputare se quanto meno l'autorità che l'ha assunto debba tenerlo in conto nel suo operato; e così, ad esempio, se debba revocarlo ove voglia muoversi in una direzione diversa da quella in un primo momento prescelta. Sul punto la dottrina canonistica, a differenza di quella secolare, non ha avuto modo di soffermarsi.

Vale tuttavia al riguardo, anche per il diritto canonico, l'avvertimento dato per il diritto dello Stato, cioè che la perfezione ha per gli atti amministrativi "un'importanza marginale", "stante che quasi mai l'efficacia decorre dal momento della perfezione, contrariamente a quanto normalmente accade nel negozio privato"⁴.

Dall'ipotesi in cui l'atto perfetto nei suoi elementi è tuttavia inefficace, non essendo stato ancora portato a conoscenza, bisogna distinguere l'ulteriore ipotesi di un atto completo sia nel procedimento costitutivo perfettivo sia in quello integrativo conoscitivo, ma ad efficacia differita.

In tale ipotesi sorge nei soggetti interessati una legittima aspettativa dei

⁴ MASSIMO SEVERO GIANNINI, *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, Giuffrè, 181.

suoi futuri effetti, che può avere grande rilievo individuale, ma anche sociale o politico, e trovare sia pure in modo indiretto tutela giuridica; sicché, ad esempio, la sua eventuale revoca nelle more del termine per l'efficacia andrebbe assoggettata ad un controllo assai più penetrante rispetto alla revoca disposta prima che esso sia stato completato con gli adempimenti riguardanti le forme di comunicazione per la conoscenza.

Si può dire, concludendo questa prima parte della mia relazione che in diritto canonico l'articolata prassi dell'autorità ecclesiastica, che si formata nell'esercizio del potere di governo, si presta, come in pochi altri ordinamenti, alla teorizzazione dell'atto amministrativo e dei suoi procedimenti costitutivi ed integrativi per l'efficacia.

2. Le ragioni teologiche che soggiacciono alla necessità della conoscenza della legge e degli atti normativi nel diritto canonico

Gli antichi canonisti, quelli, per intenderci, del periodo classico del diritto canonico, posero la loro attenzione sulla conoscenza della legge e sul modo in cui tale conoscenza avrebbe potuto essere assicurata, piuttosto che sulla conoscenza dell'atto assunto nell'esercizio del governo della Chiesa per via amministrativa. La faccenda si spiega per l'idea unitaria che essi avevano della titolarità della *sacra potestas*, o, forse sarebbe meglio dire, più fortemente unitaria di quel che abbiamo noi moderni, vissuti nell'orizzonte ideologico e politico della netta separazione dei poteri; un orizzonte al quale ci si è voluti ispirare anche nel disegnare o ridisegnare i rapporti fra l'autorità ecclesiastica e i fedeli, alla luce di un ridimensionamento dei poteri della prima (un ridimensionamento che si ritiene più facile da conseguire con riferimento all'attività ordinaria di governo): donde deriva la necessità di isolarla e di distinguerla dalla attività legislativa, con tutte le ben note difficoltà conseguenti dall'origine divina della costituzione e dell'esercizio del potere sacro nella Chiesa. È una direzione che è stata seguita e caldeggiata dalla scienza giuridica canonica dell'ultimo secolo, almeno di una parte di essa, e che ha avuto un riscontro nel diritto positivo e mira ad averne sempre di più.

Ma se ci si pone la domanda di fondo: perché oggi si avverte nella Chiesa un problema di conoscenza e di comunicazione degli atti amministrativi? può essere utile stabilire un qualche parallelismo con gli atti normativi e con le spiegazioni che si davano per la comunicazione e la conoscenza degli stessi. Alla fine atti amministrativi ed atti legislativi definiscono il contesto obbligatorio, normativo, in cui si muove l'individuo, il fedele; certo, in un modo diverso: in forma generale, la norma, la quale nel creare una dimensione di

giuridicità oggettiva, fa astrazione dalle situazioni personali o particolari; in forma specifica, l'atto amministrativo, il quale, nel creare una dimensione di giuridicità soggettiva, non può prescindere dalle situazioni particolari che costituiscono l'oggetto delle sue disposizioni.

Ma, ripeto, ferme restando questa e tutte le altre distinzioni che possiamo fare fra gli atti normativi, deve pur esserci una ragione di fondo che li accomuna per quanto riguarda la conoscenza che debbono averne i loro destinatari.

La ragione possiamo ricavarla dai presupposti teologici che ispirarono il famoso *dictum* di Graziano: “Leges instituuntur, cum promulgantur, firmantur, cum moribus utentium approbantur”⁵, che poi sarebbe stato raccolto pari pari (salvo la seconda parte della frase) nel can. 8 del Codice del 1917 e nel can. 7 del Codice vigente. Tale *dictum* infatti tradusse in pratiche e giuridiche conseguenze il principio più universale, di natura etica e religiosa, che sant’Agostino aveva sviluppato nel cap. XXXI del *De vera religione*⁶, e che al Maestro bolognese era pervenuto, monco però della sua parte dimostrativa, attraverso il *Decretum*⁷ e la *Panormia*⁸ di Ivo di Chartre. Ed a me sembra che sia di una qualche importanza per il nostro discorso richiamare questo più universale principio e le ragioni che lo giustificano.

Secondo il santo di Ippona, sebbene gli uomini possano giudicare le leggi nel momento in cui le istituiscono (“*cum eas instituunt*”), quando esse fossero già istituite e sancite non sarebbe lecito al giudice giudicarle, ma solo potrebbe egli giudicare secondo le stesse (“*non licebit iudici de ipsis judicare, sed secundum ipsas*”). La ragione per sant’Agostino sta nel fatto che il legislatore umano, “*si vir bonus est et sapiens*”, rispecchia la stessa legge eterna, di cui a nessuno è dato giudicare: “*aeternam igitur legem mundis animis fas est cognoscere, judicare non fas est*”.

Non inganni il riferimento esplicito di Agostino alle leggi; in realtà il suo discorso vale per tutti gli atti di natura imperativa o normativa provenienti dall'autorità, atti di cui la legge rappresenta il prototipo.

Questa identificazione della norma umana con l'eterna esprime in una dimensione teologica la dottrina cristiana, risalente all'epoca apostolica, del valore in via di principio dei comandi umani, cui si deve, sempre in via di principio, ubbidienza, in quanto riflesso della legge divina (salvo la legittima

⁵ *Post c.* 3 D. IV.

⁶ *P.L.* 34, 147-148.

⁷ IV, 169: *P.L.* 161, 304.

⁸ II, 143: *P.L.* 161, 1116.

e financo doverosa disubbidienza quando si accertasse che l'autorità che ha emanato la norma non si sia comportata da *vir bonus et sapiens*).

Da qui l'importanza del momento iniziale, istitutivo della legge, da Graziano, e sulla sua scia da tutta la dottrina successiva, identificato nella promulgazione; quel momento in cui la volontà divina resta per così dire identificata, segnando il passaggio dall'inesistenza all'esistenza della norma e facendo sorgere di conseguenza la doverosità del comportamento. Sotto un profilo teologico, prima ancora che sotto quello di teoria generale del diritto, l'effetto principale e decisivo della identificazione della volontà divina si ha dunque con l'istituzione della legge, e la promulgazione, *ex natura rei*, diviene atto indispensabile perché la legge resti istituita, abbia, come avrebbe poi detto san Tommaso, "suam virtutem"⁹.

Ma per quale ragione la promulgazione è elemento essenziale perché la norma si abbia? La ragione sta nel fatto che la norma, specchio e riflesso della divinità, deve essere portata alla conoscenza dell'uomo, perché possa salvarlo. Si ha qui un'altissima concezione della funzione normativa, che non è soltanto limitativa, costringitiva o permissiva della libertà umana, ma è strumento e mezzo di salvezza dell'uomo, è la via ordinaria attraverso la quale l'autorità fa pervenire agli uomini il disegno di Dio su di essi, il percorso che essi debbono compiere per essere salvi.

Questa, alla fine, è la ragione per la quale nel diritto canonico promulgazione e pubblicazione della legge coincidono in un unico atto, l'atto della promulgazione, che è da ritenere – per quanto la dottrina canonica non si soffermi affatto sul punto, preferendo indugiare sui modi della promulgazione pubblicazione – un atto dello stesso legislatore o quanto meno un atto a lui riferibile, facente parte della fase perfezionativa della legge e non della fase integrativa della sua efficacia (come è in molteplici ordinamenti secolari moderni, compreso l'ordinamento italiano, nei quali la promulgazione è di regola considerata atto esterno alla legge, compiuto da un organo diverso da quello che l'ha emanata, avente natura da alcuni giudicata legislativa, da altri, e forse i più, esecutiva, incidente secondo alcuni sull'efficacia e secondo altri sulla validità della legge stessa).

Questa è parimenti la ragione per la quale la legge istituita con la promulgazione pubblicazione, e quindi conoscibile, è *per sé* efficace: e nel senso, evidenziato in teoria generale, che la fattispecie di produzione normativa, la c.d. fattispecie "legge", una volta portata a compimento in tutti i suoi elementi percettivi deve produrre "l'effetto giuridico che vi si ricollega e in cui

⁹ TOMMASO D'AQUINO, *Summa theologiae*, I-II, q. 90 a. 4.

la fattispecie si identifica”¹⁰; e nel senso che l’efficacia ha la sua radice nella perfezione della legge o, per meglio dire, nella legge perfetta ed esistente; anche se, aggiungo per inciso, non potendo trattenermi su questo specifico problema, la legge, benché perfetta, può non essere efficace in fatto e dunque trovarsi in uno stato di efficacia solo potenziale, in quanto questa, per sé dipendente dalla legge, è o può essere il risultato di un procedimento integrativo della fattispecie “legge”, concretante una fattispecie a sé stante (sebbene non autonoma), sicché, fino a quando questa non sia portata a compimento, la legge, pur esistente, e pur per sé efficace, è tuttavia non operante; onde l’efficacia si presenta come una variabile: dipendente dalla perfezione, come dalla sua causa; indipendente da essa, quanto al suo verificarsi e decorrere.

3. *La comunicazione degli atti amministrativi essenziale per la loro perfezione e non solo per la loro efficacia*

Tornando, dopo questa che può sembrare una digressione, al provvedimento amministrativo, alla sua comunicazione ed alla sua conoscenza, in ragione della quale tale digressione è stata fatta, non è chi non veda come un certo parallelismo sia possibile stabilire, per il profilo ora considerato, fra legge ed atto: come la promulgazione è essenziale perché la legge sia conoscibile, senza il quale requisito, la legge non può dirsi istituita; così la comunicazione del provvedimento amministrativo è, o dovrebbe essere essenziale perché esso sia conoscibile dal suo destinatario e dunque in tal modo perfetto e non soltanto efficace.

Ma a questa conclusione ancor oggi non si può dire che il diritto che regola gli atti amministrativi sia pervenuto (lo abbiamo visto nella prima parte di questo mio discorso); ancor oggi la comunicazione dell’atto amministrativo è intesa come componente la fattispecie dell’efficacia, piuttosto che la fattispecie della perfezione dell’atto; e la ragione è facile da comprendere: si lascia in tal modo all’autorità ecclesiastica uno spazio più ampio perché essa possa esercitare quell’*arbitrium* a pro dei destinatari dell’atto, nel senso in cui ne ha discusso di recente Beatrice Serra in un suo bel volume¹¹. Un *arbitrium* che si pensa non si dia (o non dovrebbe darsi) nella composizione della dimensione legislativa del nostro orizzonte del dovere.

¹⁰ SERIO GALEOTTI, *Contributo alla teoria del procedimento legislativo*, Milano, Giuffrè, 1957, 263-264.

¹¹ Cfr. BEATRICE SERRA, *Arbitrium et aequitas nel diritto amministrativo canonico*, Napoli, Jovene, 2007.

La tendenza tuttavia va, o se vogliamo, è andata nell'ultimo secolo verso un'altra direzione: dalla assenza di ogni regolazione della comunicazione dell'atto da parte del Codice del 1917, alla sua incisiva regolazione, di cui abbiamo detto, da parte del Codice del 1983. Una regolazione che ha consentito, nientemeno, che la stessa teorizzazione dei provvedimenti amministrativi, come categoria a sé stante, da parte della scienza giuridica canonica.

Le resistenze ad andare in questa direzione ben si comprendono: l'ordinamento canonico soltanto con molta cautela può regolare il modo di esercitare l'autorità per gli imprescindibili limiti derivanti dal fondamento divino della stessa.

È certo un problema di equilibrio; come sempre.

Ma se si pensa che il provvedimento amministrativo viene a comporre, con la legge e ad integrazione della stessa, la dimensione normativa dell'uomo nella Chiesa, se esso fa diritto per l'uomo, come la legge e sia pure in un modo diverso da questa, sarà necessario occuparsi non solo della formazione dell'atto di governo, ma altresì, in forme via via sempre più incisive, della sua conoscenza da parte dei suoi destinatari, perché esso possa raggiungere appieno le sue finalità di salvezza.

Come Dio c'è indipendentemente dalla conoscenza che l'uomo ne abbia, ma ha voluto farsi conoscere da questo, e solo in tal modo si è stabilito il piano della salvezza ed è iniziata la storia dell'umana redenzione; così la norma, di qualsiasi natura essa sia, legislativa o amministrativa, riflesso umano di profonde esigenze spirituali, si propone per l'uomo con la sua carica redentiva soltanto quando da questi è conosciuta. Fuori di tale conoscenza la norma potrebbe anche aversi, ma non potrebbe raggiungere le sue finalità, quelle finalità che le danno senso e consistenza.

Un'idea soggiace a questa costruzione propria del diritto nella Chiesa: è l'idea agostiniana della strumentalità della norma in funzione della salvezza dell'uomo.

Per concludere: molte buone ragioni starebbero a fondamento di quella ricostruzione dogmatica dell'atto normativo (anche di natura amministrativa) che ponesse nel momento perfetto della stessa quanto è necessario per la sua conoscenza. Non vi sono esigenze della società, rappresentate dalla norma, né vi sono esigenze della stessa divinità, anch'esse rappresentate dalla norma, che possano essere perseguite senza che l'uomo, cui la norma è diretta, ne abbia conoscenza; pur dovendo ammettersi che queste esigenze talora discendono da una concezione metafisica del bene, e debbono essere affermate anche contro la volontà empirica dell'uomo concreto. È certo la norma a disegnare il mondo dei valori giuridici che rispondono agli interessi umani; ma poiché all'uomo spetta, in ogni caso, la valutazione di tali valori

in quanto conferenti con il suo bene, è indispensabile che egli sia messo in grado di averne conoscenza¹².

In questo orizzonte mediano si colloca nel diritto canonico il problema della conoscenza dell'atto amministrativo, con le soluzioni per esso proposte dalla tradizione scientifica, per la verità ancora giovane, e raccolte dal diritto positivo, alla ricerca di un equilibrio fra i bisogni dell'individuo considerato nella sua dimensione personale, e i bisogni dell'individuo colti nella sua dimensione sociale. Ma dovrebbe essere chiaro che la soddisfazione di questi ultimi, la cui affermazione non può essere lasciata alla libera volontà dell'uomo, non essendo l'uomo la fonte ultima della dimensione etico giuridica, non può che ascendere, per la conoscenza che se ne abbia o che non se ne abbia, alla responsabilità dell'uomo.

¹² GAETANO LO CASTRO, *Il mistero del diritto, I. Del diritto e della sua conoscenza*, Torino, Giappichelli, 1997, 136-141.

La convalida del matrimonio Canonico

PIERO PELLEGRINO

I. La convalidazione semplice

1. Se un matrimonio è viziato di nullità, si può ricorrere a una delle seguenti soluzioni: a) che si continui nella coabitazione “uti frater et soror”; b) che si istituisca il giudizio per la dichiarazione di nullità; c) che si ricorra al procedimento di convalida del matrimonio¹. Il diritto canonico, secondo il codice pio-benedettino, come la presunzione generale che il matrimonio di cui sia dubbia la validità si debba ritenere valido fino a prova contraria (can. 1014), così ammette e facilita la convalidazione di matrimoni inizialmente invalidi o per la presenza di impedimenti dirimenti o per vizio del consenso o per difetti di forma sostanziale, ed impone anzi al giudice, davanti al quale il matrimonio sia impugnato, di indurre le parti alla convalidazione (can. 1965)². Attraverso questa si ha la trasformazione di un matrimonio nullo in matrimonio valido, sicché la convalidazione è quell’atto per cui si rende valido un matrimonio già invalidamente concluso³. Peraltro, la convalida secondo i principi civilistici generali, non è possibile di fronte all’inesistente, bensì soltanto di fronte a ciò che è nullo, ma non inesistente, in base alla nota distinzione civilistica; ma, di fronte al matrimonio nullo, e come tale inesistente, la Chiesa ammette la convalidazione⁴. La convalidazione del matrimonio può aversi in due forme, la convalidazione semplice e la sanazione in radice; la

¹ VINCENZO DEL GIUDICE, *Sommario di diritto matrimoniale canonico*, Milano 1979, p. 113.

² MARIO FALCO, *Corso di diritto ecclesiastico*, vol. I, Padova 1936, p. 284.

³ DOMENICO SCHIAPPOLI, *Il matrimonio secondo il diritto canonico e la legislazione concordataria italiana*, Napoli 1932, p. 255. In precedenza PIETRO GASPARRI, *Tractatus De matrimonio*, Roma 1932, p. 252.

⁴ ARTURO CARLO JEMOLO, *Il matrimonio nel diritto canonico. Dal Concilio di Trento al Codice del 1917*, Bologna 1983, p. 394.

differenza è che, mentre la convalidazione semplice richiede la rinnovazione del consenso matrimoniale e pertanto la cooperazione attiva di almeno uno dei coniugi, la sanazione in radice, invece, non richiede tale rinnovazione, anzi, può avvenire con la dispensa dalla rinnovazione del consenso anche indipendentemente dalla volontà e consapevolezza delle parti, per sola disposizione del Superiore⁵. Nel primo caso sia ha la convalidazione semplice, nel secondo la sanazione in radice. Esse si differenziano sostanzialmente in ciò che, pur presupponendo entrambe la perseveranza del consenso matrimoniale nei due coniugi, la prima esige, mentre la seconda non richiede la rinnovazione del consenso e, in quanto all'efficacia con la prima il matrimonio ottiene i suoi effetti per il futuro, mentre con la seconda gli effetti datano dal giorno della celebrazione del matrimonio⁶.

Quanto alla convalidazione semplice, il codice prevede una triplice ipotesi a seconda che il matrimonio sia nullo per l'esistenza di un impedimento dirimente (*defectus habilitatis*), per un difetto o vizio del consenso, per un difetto di forma.

Nel primo caso, se si tratta della presenza di un impedimento dirimente, se l'impedimento non può essere tolto, la convalidazione semplice è impossibile⁷. Dunque, a norma del can. 1133 per convalidare un matrimonio nullo per un impedimento dirimente sono richieste due cose: che sia rimosso l'impedimento e che sia rinnovato il consenso almeno dalla parte consapevole dell'impedimento⁸. Sicché, se l'impedimento non cessa di per sé o non può essere dispensato, il matrimonio non è convalidabile. Nella rinnovazione del consenso, che è un nuovo atto di volontà sopra il matrimonio che consta essere nullo fin dall'inizio (can. 1134), si procede diversamente a seconda che l'impedimento sia pubblico o occulto (can. 1135). Se l'impedimento è pubblico, il matrimonio deve essere rinnovato nella forma prescritta dal diritto, cioè davanti al parroco o ai testimoni; se si tratta di un caso ordinario, ovvero, se concorrono circostanze straordinarie, previa autorizzazione dell'Ordinario, in forma segreta, al fine di evitare uno scandalo oppure quando vi sia qualche difficoltà grave al compimento della celebrazione dinanzi al parroco o all'ordinario o al sacerdote delegato⁹. Conseguentemente, se l'impedimento

⁵ ARNALDO BERTOLA, *Il matrimonio religioso*, Torino 1953, p. 328.

⁶ PIETRO GASPARRI, *op. cit.*, p. 257; ARNALDO BERTOLA, *op. cit.*, p. 238; DOMENICO SCHIAPPOLI, *op. cit.*, p. 255.

⁷ IOANNIS CHELODI, *Ius matrimoniale iuxta codicem iuris canonici*, Tridentini 1921, p. 18.

⁸ PIETRO GASPARRI, *op. cit.*, p. 255.

⁹ ANTONIO BOGGIANO PICO, *Il matrimonio nel diritto canonico*, Torino 1936, p. 610.

è pubblico, la rinnovazione del consenso deve avvenire da tutte e due le parti pubblicamente nel modo prescritto dal diritto, sia in forma ordinaria, sia in forma straordinaria¹⁰.

È da tener presente che la rinnovazione del consenso è richiesta *iure ecclesiastico* con la conseguenza che è riformata l'opinione di quanti sostenevano che doveva essere rinnovato il consenso per diritto naturale, e non soltanto per diritto umano, non avendo valore quello prestato da chi era inabile e da chi conosceva l'esistenza dell'impedimento¹¹. Il fatto che il can. 1133 richieda che la rinnovazione del consenso sia fatta per diritto ecclesiastico e non per diritto naturale non è una questione teorica, ma comporta che, dovendosi giudicare della validità di un matrimonio relativo a infedeli, dovrà tenersi presente che il matrimonio è rimasto convalidato se è venuta meno la causa di nullità, anche senza rinnovazione del consenso; ma per diritto positivo, venuta meno la causa di nullità inerente ad una inabilità della persona, almeno la parte conscia della nullità deve rinnovare il consenso, là dove la rinnovazione è un nuovo atto di volontà in ordine al matrimonio che dall'inizio consta essere nullo; con la conseguenza che occorre perché si abbia un nuovo consenso o che consti della nullità o che almeno la si ipotizzi e si emetta il consenso per la ipotesi della nullità del matrimonio¹².

Se, dunque, l'impedimento, e quindi la nullità del matrimonio, era pubblica, il consenso dovrà essere rinnovato nella forma stabilita dal *Codex* per il matrimonio, cioè dinanzi al parroco e a due testimoni; peraltro il vescovo potrà permettere che la rinnovazione del consenso avvenga in casa, ma non dovrà restare segreta, perché altrimenti agli occhi del mondo si avrebbe convivenza di persone non legate da vincolo efficace¹³.

Se l'impedimento era occulto (can. 1135), ma noto ad entrambe le parti, è necessario e sufficiente che entrambe rinnovino il consenso privatamente e in segreto, cioè senza la presenza del parroco e dei testimoni, e all'insaputa di ogni terzo¹⁴. Non saranno necessarie speciali parole o forme, perché potranno bastare dei segni, o la copula seguita con affetto maritale, non sarà neppure necessario che la rinnovazione del consenso avvenga simultaneamente¹⁵. Dunque, la legge si accontenta di una rinnovazione del consenso in forma

¹⁰ MARIO FALCO, *op. cit.*, p. 285.

¹¹ ARTURO CARLO JEMOLO, *op. cit.*, p. 396.

¹² ARTURO CARLO JEMOLO, *op. cit.*, p. 397.

¹³ ARTURO CARLO JEMOLO, *op. cit.*, p. 397.

¹⁴ ARNALDO BERTOLA, *op. cit.*, p. 239.

¹⁵ ARTURO CARLO JEMOLO, *op. cit.*, pp. 197-198.

privata e segreta, perché la rinnovazione fatta nella forma ordinaria, davanti al parroco e ai testimoni, susciterebbe clamore e scandalo, il che la Chiesa procura in ogni modo di evitare. La rinnovazione del consenso fatta *privatim* è quella compiuta senza la presenza del parroco e dei testimoni, cioè senza la forma o sostanziale o accidentale, prescritta dalla legge, essendo sufficiente che le parti si dicano scambievolmente: “tu sei mia moglie, tu sei mio marito”, perché il matrimonio sia convalidato¹⁶.

Se l'impedimento sia occulto ai terzi ed ignoto ad una delle parti, è sufficiente che la sola parte che è a conoscenza dell'impedimento rinnovi il consenso *privatim et secreto* purché l'altra parte perseveri nel proprio consenso (can. 1135, 3)¹⁷. In base alla disposizione di cui al canone suddetto, la parte consapevole dell'impedimento non è tenuta a farlo noto all'altro coniuge, il quale, ignorando l'esistenza dell'impedimento, non è tenuto a rinnovare il consenso, e non si richiede da parte sua, se non che egli perseveri nel consenso prestato allorquando contrasse il matrimonio¹⁸. Il diritto canonico presume in ogni caso il perdurare del consenso dell'altro coniuge, purché non risulti da un atto positivo che esso sia stato revocato; e neanche la morale certezza che l'altro coniuge voglia revocare il consenso e troncane la vita coniugale varrebbe a distruggere questa presunzione, perché una simile disposizione di animo è considerata come puramente ipotetica, e non può avere giuridico effetto se non si traduce in un vero e proprio atto di volontà contrario¹⁹.

Quanto alla parte che è a conoscenza dell'impedimento, essa può rinnovare il consenso, oltre che con parole o altri modi, anche con un atto puramente interno di volontà, oppure mediante la copula attuata con animo maritale, o anche per mezzo di atti che esprimano l'ossequio coniugale, e intesi a questo fine²⁰. Si afferma così che questa ipotesi che si dà quando non si possa o non convenga dare notizia dell'impedimento alla parte ignara, per il pericolo che possa derivare grave danno dalla rivelazione dell'impedimento, fa nascere la domanda sul come possa ritenersi accertato che il coniuge ignaro perseveri nel consenso matrimoniale, e l'opinione comune è nel senso di presumere

¹⁶ PIETRO GASPARRI, *op. cit.*, p. 257; ANTONIO BOGGIANO PICO, *op. cit.*, p. 611.

¹⁷ PIETRO GASPARRI, *op. cit.*, p. 257.

¹⁸ ANTONIO BOGGIANO PICO, *op. cit.*, p. 611.

¹⁹ ANTONIO BOGGIANO PICO, *op. cit.*, pp. 611-612. Per quanto concerne la revoca del consenso, JAVIER HERVADA, *La revocacion del consentimiento matrimonial*, in *Jus canonicum*, 16 (1976), pp. 271-285 e ora in *Vetera et nova*, Pamplona, vol. I, 1991, pp. 727 ss.

²⁰ ANTONIO BOGGIANO PICO, *op. cit.*, p. 612.

verificata questa condizione quando manchino segni positivi della revoca del consenso²¹. In altri termini, in pratica si considera che persista il consenso in tutti i casi in cui si dà la continuazione della convivenza, quale possa essere lo stato di animo della parte ignara della nullità, e che colui che ha rotto la convivenza coniugale ha manifestato come poteva il suo dissenso specie se ha contratto, attraverso il divorzio, matrimonio civile, con la conseguenza che la nuova *affectio maritalis* elimina necessariamente la vecchia, ed importa così revoca del consenso²².

Si riassume la questione, osservando che se la nullità dipende da un impedimento dirimente, bisogna che l'impedimento cessi o che da esso si ottenga dispensa, e la rinnovazione del consenso dovrà farsi pubblicamente oppure *privatim et secreto* secondo che l'impedimento, il quale ha cagionato la nullità, sia pubblico o occulto, tenendo presente che l'incontro dei consensi può avvenire anche senza contemporaneità di manifestazione, purché il primo perseveri fin tanto che viene espresso il secondo²³.

2. Può accadere che il matrimonio contratto sia nullo per difetto di consenso. Orbene, se al difetto di consenso non può supplire neanche la Chiesa, a norma del can. 1081 c.i.c., tuttavia il Codice i.c. prevede la possibilità della convalidazione del matrimonio nullo, mediante una posteriore prestazione di un consenso valido. La disposizione di cui al can. 1136 contempla, infatti, la convalidazione del matrimonio nullo per difetto di consenso, che si effettua nel caso in cui la parte che non aveva acconsentito validamente presti il suo consenso, purché però perduri il consenso già prestato dall'altra parte. È evidente che la parte o le parti che debbono rinnovare il consenso debbono essere consapevoli della nullità del matrimonio già contratto, perché senza tale scienza del vizio del consenso inizialmente emesso il matrimonio continuerebbe ad essere puramente apparente e qualunque manifestazione d'animo maritale non sarebbe che la continuazione del precedente consenso nullo, e non sarebbe efficace a risanare il vizio²⁴. Deve poi sottolinearsi il fatto che, perché possa darsi una rinnovazione di consenso, occorre che venga meno

²¹ ARNALDO BERTOLA, *op. cit.*, p. 240. Cfr. MARIO FALCO, il quale afferma che quest'ultima ipotesi si ha quando non si può comunicare l'impedimento alla parte ignara o perché sono comunque da temere gravi danni dalla comunicazione, e in questo caso è sufficiente una qualunque manifestazione del consenso (*op. cit.*, p. 285).

²² ARTURO CARLO JEMOLO, *op. cit.*, p. 399.

²³ MARIO FERRABOSCHI, voce *Convalidazione del matrimonio* (Diritto canonico), in *Enc. del diritto*, vol. X, Milano 1962, p. 507. Così anche VINCENZO DEL GIUDICE, *op. cit.*, p. 114.

²⁴ ANTONIO BOGGIANO PICO, *op. cit.*, p. 612.

la ragione che ha determinato il vizio da cui era stato affetto, cioè l'errore, la coercizione, la simulazione, ecc.²⁵. È poi chiaro che non ha importanza la mancata simultaneità nella manifestazione dei due consensi, essendo sufficiente la contemporaneità, detta morale, che si ha quando avviene l'incontro dei due consensi prestati anche in tempi diversi²⁶. Il matrimonio, quindi, può essere nullo per mancanza o vizio di consenso di una o di entrambe le parti; ipotesi nelle quali il matrimonio può essere convalidato solo attraverso la prestazione di un nuovo consenso, poiché la Chiesa non ha la potestà di supplire al consenso mancante²⁷.

Se il difetto del consenso fu meramente interno è sufficiente che la parte che non aveva consentito consenta anche solo interiormente, cioè con un atto di individuale libera volontà senza esterna manifestazione. È necessario peraltro che la parte abbia notizia della nullità del matrimonio e di poi è sufficiente che rinnovi il consenso con un nuovo atto di volontà interno senza avvisare di tale atto l'altra parte, purché questa abbia consentito e perseveri nel consenso²⁸. Il nuovo consenso può desumersi dal fatto della copula o della coabitazione seguita liberamente da parte del coniuge sciente²⁹. Conseguentemente, se il difetto del consenso fu meramente interno, come nel caso della simulazione, è sufficiente che la parte, il cui consenso fu viziato, consenta internamente, purché alla manifestazione della volontà si aggiunga la volontà reale³⁰. È possibile però una *affectio maritalis* da parte di chi in origine non aveva prestato che un consenso simulato o comunque viziato. In tale ipotesi si può fare il caso di una donna che sposò con *metus* grave e che quindi simulò radicalmente il suo consenso, ma che poi durante la convivenza venga ad amare profondamente l'uomo che le era stato imposto: orbene la vita coniugale pacifica ed affettuosa è presunzione di rinnovazione del consenso, anche se trattasi di una presunzione *hominis tantum* non già di una presunzione assoluta, che non ammette prova in contrario³¹.

Se il difetto di consenso fu anche esterno, il consenso deve essere prestato

²⁵ ARNALDO BERTOLA, *op. cit.*, p. 241.

²⁶ ARNALDO BERTOLA, *op. cit.*, p. 242.

²⁷ ARTURO CARLO JEMOLO, *op. cit.*, p. 400, il quale afferma, considerando la incapacità naturale, quale vizio del consenso, che se il consenso mancò per incapacità naturale della persona a prestarlo occorrerà naturalmente siano mutate le sue condizioni mentali.

²⁸ IOANNIS CHELODI, *op. cit.*, p. 181; PIETRO GASPARRI, *op. cit.*, pp. 257-258; ANTONIO BOGGIANO PICO, *op. cit.*, p. 613.

²⁹ ARNALDO BERTOLA, *op. cit.*, p. 243.

³⁰ MARIO FALCO, *op. cit.*, pp. 285-286.

³¹ ARTURO CARLO JEMOLO, *op. cit.*, p. 401.

anche esternamente con parole o con segni esterni³². La forma della manifestazione è diversa a seconda che la nullità del matrimonio, dipendente dal vizio del consenso, sia pubblica oppure occulta. Nel caso in cui la causa della nullità sia pubblica, possa cioè provarsi nel foro esterno e quindi davanti al Tribunale, la manifestazione del nuovo consenso dovrà farsi in forma pubblica; laddove è causa di nullità pubblica, ad esempio, il *metus gravis ab extrinseco incussus*³³. Se il vizio del consenso sia esterno, ma occulto, cioè tale da non potersi provare nel foro esterno, il consenso dovrà essere manifestato esternamente, ma anche in modo privato e segreto; ed allora potrà bastare ogni manifestazione idonea, che abbia un minimo di exteriorità³⁴; cioè per semplice copula avuta *affectedu maritali* o con delle espressioni di ossequio coniugale³⁵. In base alla distinzione tra difetto pubblico e difetto occulto, i Tribunali ecclesiastici dichiarano la nullità di matrimoni contratti in seguito a violenza pubblica, cioè che si può provare nel foro esterno, anche dopo molti anni di libera coabitazione e di vita coniugale, nonostante quindi la convalidazione privata, perché il consenso, che avrebbe indotto la convalidazione, non è stato manifestato nella forma pubblica prescritta dalla Chiesa³⁶.

In conclusione se il difetto è pubblico, il consenso deve rinnovarsi nella forma prescritta dal diritto, cioè davanti al parroco e ai testimoni; se è esterno, ma occulto, deve rinnovarsi in modo privato segretamente³⁷.

Infine, se il matrimonio è invalido per difetto di forma, per convalidarlo, occorre rinnovare il consenso nella forma prescritta, vale a dire procedere ad una nuova celebrazione davanti al parroco e ai testimoni, a norma del can. 1137³⁸. Se una delle parti ricusi assolutamente di addivenire ad una nuova celebrazione, all'altra parte non resta che invocare la sanazione in radice; se invece una delle parti si rifiuti di acconsentire alla celebrazione in forma

³² IOANNIS CHELODI, *op. cit.*, p. 182; PIETRO GASPARRI, *op. cit.*, p. 258; DOMENICO SCHIAPPOLI, *op. cit.*, p. 257.

³³ ANTONIO BOGGIANO PICO, *op. cit.*, p. 614, il quale afferma anche che, in tali casi, ben si comprende che una rinnovazione del consenso fatta segretamente avrebbe un valore morale, ma sarebbe destituita di qualsiasi valore giuridico.

³⁴ ARTURO CARLO JEMOLO, *op. cit.*, p. 402.

³⁵ ANTONIO BOGGIANO PICO, *op. cit.*, p. 614. Vedi al contrario ARTURO CARLO JEMOLO, secondo cui la copula *affectedu maritali* di per sé non basta se non si aggiunga qualche altro elemento idoneo a dimostrare la volontà di convalidare le norme (*op. cit.*, p. 402).

³⁶ MARIO FALCO, *op. cit.*, p. 286.

³⁷ GIOVANNI CAVIGIOLI, *Manuale di diritto canonico*, Torino 1946, p. 619; ARNALDO BERTOLA, *op. cit.*, p. 243; MARIO FERRABOSCHI, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 508; VINCENZO DEL GIUDICE, *op. cit.*, p. 115.

³⁸ IOANNIS CHELODI, *op. cit.*, p. 182; PIETRO GASPARRI, *op. cit.*, p. 298; DOMENICO SCHIAPPOLI, *op. cit.*, p. 257.

pubblica, l'altra parte può chiedere all'ordinario l'autorizzazione a compiere la nuova celebrazione, anziché nella pubblica chiesa, nella sagrestia o nella casa canonica o nella stessa abitazione dei coniugi, in modo però che se fosse nota la nullità della precedente celebrazione, possa essere pure nota la convalidazione avvenuta³⁹. Quanto agli effetti della convalida, è chiaro che il matrimonio comincia a valere dal momento della convalidazione, e quindi *ex nunc*. Per quanto concerne la prole precedentemente concepita occorre distinguere se il matrimonio fu nullo per difetto di consenso o di forma oppure a causa di un impedimento dirimente. Nel primo caso la prole, a termini del can. 1116 in forza del matrimonio convalidato diventa legittima, nel caso di matrimonio nullo perché uno dei coniugi era legato da precedente vincolo, o dall'ordine sacro o dal voto solenne, la convalida, operatasi allorché si sciolse il vincolo o fu dispensato l'impedimento nascente dall'ordine sacro o dalla professione religiosa, non rende legittimi i figli nati prima dello scioglimento o della dispensa e concepiti allorquando era già sorto l'impedimento⁴⁰. Conseguentemente, la convalidazione semplice produce effetti *ex nunc* ossia non ha forza retroattiva, salvo che per la legittimazione della prole nata antecedentemente, durante il matrimonio invalido⁴¹.

3. In base alla discussione avutasi in sede di redazione dei nuovi canoni, relativi al Codex giovanneo-paolino, si ricava una nuova *mens* del legislatore il quale accenna all'opportunità di semplificare la modalità da seguire per la convalidazione del matrimonio nei casi di nullità per l'esistenza di un impedimento dirimente, di un vizio di consenso di uno dei nubenti, di un vizio di forma⁴². Nella discussione, si è ritenuto che potrebbero essere sufficienti o la coabitazione coniugale volontaria per un determinato tempo, se la nullità è dovuta a disposizioni di diritto positivo, o la presunzione della continuità del consenso, quando alla validità del matrimonio osta soltanto un impedimento dirimente che è venuto a cessare o è stato dispensato, o la presunzione di

³⁹ ANTONIO BOGGIANO PICO, *op. cit.*, p. 614, il quale sostiene che la nuova celebrazione può farsi segretamente se la nullità del matrimonio sia occulta; ma quando la nullità sia notoria, e non vi sia altro modo di evitare lo scandalo, la rinnovazione del consenso deve essere pubblica e la dispensa dell'ordinario dalla forma pubblica può essere concessa solo quando sia possibile, senza una celebrazione pubblica, evitare lo scandalo. Cfr. anche MARIO FALCO, *op. cit.*, p. 286. Vedi anche ARTURO CARLO JEMOLO, *op. cit.*, p. 405, il quale afferma che il Vescovo in questi casi di rinnovazione del consenso accorderà con particolare facilità il permesso di celebrazione fuori dalla chiesa.

⁴⁰ PIETRO GASPARRI, *op. cit.*, p. 298; ARTURO CARLO JEMOLO, *op. cit.*, p. 405.

⁴¹ ARNALDO BERTOLA, *op. cit.*, p. 244.

⁴² FRANCESCO SALERNO, *Gli effetti del matrimonio canonico: stato coniugale canonico e sue vicende*, in AA.VV., *Il Codice del Vaticano II. Matrimonio canonico*, Bologna 1997, p. 302.

un rinnovamento del consenso viziato per coazione o per dolo, basato sulla libera coabitazione per un determinato tempo dal momento in cui la coazione o il dolo sono cessati⁴³. Ma questa tesi non fu accettata anche se ha una qualche rilevanza la motivazione che è stata adottata in contrasto con essa, perché dimostra l'accennata nuova mens del legislatore. Non si è accettata l'ipotesi di una convalidazione *ipso iure*, per l'inderogabile esigenza di un grado di certezza in materia, che non può derivare dalla sola presunzione e per il principio della prevalenza della reale volontà dei nubendi in ordine alla quale sarebbe pericoloso determinare una decadenza *ex lege* del diritto di impugnare la nullità del matrimonio perché ciò sarebbe in contrasto con la suprema legge della *salus animarum*⁴⁴.

4. Il nuovo codice giovanneo-paolino disciplina l'istituto della convalidazione semplice nei cann. 1156-1160.

La normativa del nuovo Codice è sostanzialmente identica a quella del Codice pio-benedettino.

Si è recentemente sostenuto che dinanzi ai matrimoni invalidi la Chiesa prevede quattro possibilità di azione. L'autorità ecclesiastica può dissimulare, ossia rimanere in silenzio, qualora i due coniugi siano in buona fede e la nullità non sia conosciuta, e ciò per evitare gravi danni che potrebbero provenire dalla conoscenza della nullità del matrimonio; può concedere la nullità, in base ad un giudizio su petizione di una delle parti o del promotore di giudizio; può ammettere la coabitazione come fratello e sorella, ossia tace, tollerando una situazione di matrimonio invalido, sempre che sia presente l'impegno reciproco degli pseudoconiugi alla castità; il che si realizza più facilmente quando gli pseudoconiugi sono avanzati in età o siano malati; infine la Chiesa ammette la conversione del matrimonio invalido in matrimonio valido, ossia la sua convalidazione⁴⁵. Questa può avvenire in forma ordinaria, convalidazione semplice, oppure in forma straordinaria, sanazione in radice.

La prima, la convalidazione semplice, consiste nella rinnovazione del consenso matrimoniale da parte di un contraente o di entrambe le parti, previa la cessazione della causa della nullità, senza necessità di osservare nuovamente la forma canonica⁴⁶.

⁴³ *Communicationes*, 5 (1973), pp. 88-90.

⁴⁴ FRANCESCO SALERNO, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 302.

⁴⁵ NIKOLAUS SCHÖCH, *La convalidazione*, in *Diritto matrimoniale canonico*, vol. III, Città del Vaticano 2005, pp. 518-519.

⁴⁶ JAVIER HERVADA, *De matrimonio*, in AA.VV., *Codice de derecho canonico*, Pamplona 1983, p. 699.

L'obbligo della rinnovazione del consenso, senza possibilità di essere dispensato, esiste per diritto naturale, poiché il consenso, causa efficiente del matrimonio non può essere supplito da nessuna potestà umana, la rinnovazione del consenso non sarebbe richiesta se entrambe le parti avessero prestato il consenso con tutti i suoi elementi costitutivi e non l'avessero successivamente revocato⁴⁷. L'istituto della convalida dimostra ancora una volta la grande preoccupazione pastorale della Chiesa, la quale, al fine di salvare un matrimonio invalido, ammette la convalida di esso, mediante la rinnovazione del consenso, che non è altro se non un nuovo atto di volontà in ordine al matrimonio, celebrato *coram Ecclesia*, che la parte sappia o supponga che sia nullo fin dall'inizio⁴⁸.

Dunque, due presupposti si ritengono necessari perché si proceda alla convalidazione semplice, cioè che il matrimonio sia celebrato *coram Ecclesia* e che la parte che rinnova il matrimonio sappia o supponga che esso è nullo sin dall'inizio⁴⁹. Quanto al matrimonio nullo, esso deve essere celebrato secondo le norme dell'ordinamento canonico⁵⁰, deve avere cioè l'apparenza di un vero e proprio matrimonio⁵¹, con la conseguenza che è impossibile la convalida di un concubinato o di un matrimonio civile. Non mancano, peraltro, autori secondo i quali l'apparenza di vero matrimonio si ha anche nel caso di matrimonio civile non poi nel caso di matrimoni inesistenti, cioè matrimoni celebrati per convenienze sociali o celebrati per giuoco⁵². Pertanto, da altri si insiste sulla necessità che il matrimonio nullo che si deve convalidare sia stato celebrato con tutti i requisiti della forma giuridica sostanziale esigiti dalla legislazione canonica⁵³. E perciò erroneamente si afferma in dottrina che, data la presente frequenza di situazioni matrimoniali irregolari nella società occidentale secolarizzata, bisogna aggiungere l'opportunità di una valorizzazione di ogni forma istituzionalizzata di convivenza matrimoniale di fronte al grave pericolo di una totale libertà nelle forme delle cosiddette unioni di fatto o, peggio, delle

⁴⁷ ANTONINO ABATE, *Il matrimonio, nella nuova legislazione canonica*, Brescia 1985, p. 166.

⁴⁸ LUIGI CHIAPPETTA, *Il matrimonio nella nuova legislazione canonica e concordataria*, Roma 1990, p. 397.

⁴⁹ LUIGI DE LUCA, voce *Matrimonio. Diritto canonico* in *Enc. del diritto*, vol. XIX, Roma 1990, p. 35; vedi anche FRANCESCO SALERNO, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 303.

⁵⁰ ANTONIO MOLINA MELIA-MARIA ELENA OLMOS ORTEGA, *Derecho matrimonial canonico sustantivo y procesal*, Madrid 1992, p. 316.

⁵¹ ALBERTO BERNARDEZ CANTON, *Compendio de derecho matrimonial canonico*, Pamplona 1994, p. 234.

⁵² JOSÉ FERNANDEZ CASTANO, *Il sacramento del matrimonio*, Roma 1994, p. 543.

⁵³ JUAN FORNES, *Derecho matrimonial canonico*, Pamplona 1999, p. 179; MARIANO LOPEZ ALARCON-RAFAEL NAVARRO VALLS, *Curso de derecho matrimonial canonico y concordato*, Madrid 2001, p. 362.

unioni tra persone dello stesso sesso; che una convalida del matrimonio civile con un nuovo atto di volontà potrà produrre degli effetti soltanto se i nubenti fanno o credono che il loro matrimonio sia nullo fin dall'inizio; che, se le parti che avevano celebrato il matrimonio in forma civile fossero convinte della sua validità ed accettano di rinnovare il consenso come pura formalità per conferire al loro matrimonio un carattere religioso, la convalidazione non produrrebbe nessun effetto, in quanto equiparato alla simulazione totale; nel senso che la convalidazione sarebbe essa stessa inefficace nell'ordinamento canonico in quanto gli sposi pensano di confermare semplicemente un consenso precedentemente prestato⁵⁴. Il vero è che la convalida semplice non può avere come oggetto il matrimonio civile, richiedendosi dal diritto canonico l'esistenza di un matrimonio celebrato *coram Ecclesia*.

Ed è necessario che le parti sappiano o ritengano che tale matrimonio celebrato *in facie Ecclesiae* sia nullo sin dall'inizio a norma del can 1157⁵⁵.

Il rinnovo del consenso è richiesto *iure ecclesiastico*, ragion per cui la Chiesa può dispensare da questo e in ciò consiste e si risolve *la sanatio in radice*.

Che la rinnovazione sia richiesta per diritto ecclesiastico umano è detto nel can. 1156, §2, e di conseguenza i non battezzati e i non cattolici non sono tenuti al rinnovo del consenso, perché non vincolati dalle leggi ecclesiastiche⁵⁶.

Si ritiene, inoltre, che presupposto della convalida semplice sia la cessazione della causa che dette luogo alla nullità⁵⁷. È necessario cioè che sia cessato l'impedimento con la scomparsa della circostanza da cui era costituito oppure sia dispensato dall'autorità ecclesiastica (can. 1156, §1)⁵⁸. Il can. 1156 c.i.c. tratta dell'eliminazione di un impedimento dirimente e, a tal proposito, si ribadisce che l'impedimento può cessare di esistere per la natura stessa della cosa (impedimento della minore età) oppure per morte (impedimento del legame) oppure per conversione religiosa (impedimento della disparità di culto) e, quanto alla dispensa essa si può ottenere da tutti gli impedimenti che non siano di diritto divino⁵⁹. Il can. 1158 stabilisce, quindi, il modo in cui debba avvenire la rinnovazione del consenso in caso di matrimonio nullo per la presenza di

⁵⁴ NIKOLAUS SCHÖCH, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 530.

⁵⁵ REINHOLD SEBOTT-CORRADO MARUCCI, *Il nuovo diritto matrimoniale della Chiesa*, Napoli 1985, p. 258.

⁵⁶ NIKOLAUS SCHÖCH, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 525.

⁵⁷ ALBERTO BERNARDEZ CANTON, *op. cit.*, p. 235.

⁵⁸ ANTONINO ABATE, *op. cit.*, p. 167.

⁵⁹ REINHOLD SEBOTT-CORRADO MARUCCI, *op. cit.*, p. 257; JACQUES VERNAY, *La convalidation simple*, in AA.VV., *Droit canonique* (a cura di PATRICK VALDRINI, JACQUES VERNAY, JEAN-PAUL DURAND, OLIVIER ECHAPPÉ), Paris 1988, p. 433; LUIGI CHIAPPETTA, *op. cit.*, p. 397.

un impedimento che sia motivo di nullità di matrimonio. E precisa che, se l'impedimento è pubblico, in quanto può essere provato nel foro esterno, il consenso deve essere rinnovato nella forma canonica da entrambe le parti, salvo le eccezioni previste per i matrimoni misti (can. 1127, §2)⁶⁰.

Se, al contrario, l'impedimento non può essere provato, è sufficiente che il consenso sia rinnovato privatamente e in segreto dalla parte consapevole dell'esistenza dell'impedimento, purché l'altra parte perseveri nel consenso prestato⁶¹.

Occorre, dunque, la perseveranza del consenso nella parte che non era consapevole della nullità del matrimonio per l'esistenza di un impedimento dirimente⁶². È all'uopo da ricordare che, in base al can. 1107, si presume che il consenso perseveri sino a quando non consti della sua revoca. Si esige cioè che l'altra parte, che non era a conoscenza dell'impedimento, nutra tuttora la intenzione di restare nell'attuale unione, senza che nel frattempo, abbia distrutto con un atto positivo di volontà il consenso iniziale⁶³. La revoca esige un atto positivo di volontà che sia in contrasto con il consenso matrimoniale dato a suo tempo, non essendo sufficiente la revoca interpretativa o presunta che si avrebbe quando si presenti la certezza morale che la parte che pronunciò il consenso non sia disposta a rinnovarlo o che sia pronta a revocarlo positivamente se abbia conoscenza della nullità del matrimonio e della possibilità di essere dichiarata libera da ogni vincolo⁶⁴. Segno evidente della perseveranza sarà il prolungamento della vita coniugale; la rottura di tale

⁶⁰ REINHOLD SEBOTT-CORRADO MARUCCI, *op. cit.*, p. 259; JACQUES VERNAY, *op. cit., loc. cit.*, p. 433; LUIGI CHIAPPETTA, *op. cit.*, p. 398; LUIGI DE LUCA, *op. cit., loc. cit.*, p. 35; FRANCESCO SALERNO, *op. cit., loc. cit.*, p. 303; ANTONIO MOLINA MELIA-MARIA ELENA OLMOS ORTEGA, *op. cit.*, p. 317; JOSÈ FERNANDEZ CASTANO, *op. cit., loc. cit.*, p. 542; PAOLO MONETA, *op. cit.*, p. 218; ALBERTO BERNARDEZ CANTON, *op. cit.*, p. 238; JUAN FORNES, *op. cit.*, p. 181; MARIANO LOPEZ ALARCON-RAFAEL NAVARRO VALLS, *op. cit.*, p. 364; FEDERICO AZNAR GIL, *Derecho matrimonial canonico*, vol. III, Salamanca 2003, p. 217.

⁶¹ ANTONINO ABATE, *op. cit.*, p. 167; REINHOLD SEBOTT-CORRADO MARUCCI, *op. cit.*, p. 259; LUIGI CHIAPPETTA, *op. cit.*, p. 399; LUIGI DE LUCA, *op. cit., loc. cit.*, p. 35; FRANCESCO SALERNO, *op. cit., loc. cit.*, p. 303; ANTONIO MOLINA MELIA-MARIA ELENA OLMOS ORTEGA, *op. cit.*, p. 317; JOSÈ FERNANDEZ CASTANO, *op. cit.*, p. 542; PAOLO MONETA, *op. cit.*, p. 218; ALBERTO BERNARDEZ CANTON, *op. cit.*, p. 238; JUAN FORNES, *op. cit.*, p. 180; MARIANO LOPEZ ALARCON-RAFAEL NAVARRO VALLS, *op. cit.*, p. 363; MARIO FRANCESCO POMPEDDA, in AA.VV., *Commento al codice di diritto canonico*, (a cura di PIO VITO PINTO), Città del Vaticano 2001, p. 684; FRANCESCO FINOCCHIARO, *Il matrimonio nel diritto canonico*, Bologna 2001, p. 100; FEDERICO AZNAR GIL, *op. cit.*, p. 218; JOSÈ MARIA GONZALEZ DEL VALLE, *Derecho canonico matrimonial*, Pamplona 2002, p. 127; ENRICO VITALI-SALVATORE BERLINGÒ, *Il matrimonio canonico*, Milano 2007, p. 137; NIKOLAUS SCHOCH, *op. cit., loc. cit.*, p. 527.

⁶² Sulla perseveranza del consenso cfr. PIERO PELLEGRINO, *Il consenso e il suo oggetto* (can. 1057-1100-1107), in AA.VV., *Diritto matrimoniale canonico*, vol. I, Città del Vaticano 2002, pp. 185 ss.

⁶³ ANTONINO ABATE, *op. cit.*, p. 167.

⁶⁴ ALBERTO BERNARDEZ CANTON, *op. cit.*, p. 236.

convivenza o la separazione, anche di fatto, dà luogo soltanto a una revoca interpretativa o ipotetica, non positiva, sicché in tali circostanze può avere luogo la convalidazione del matrimonio mediante la rinnovazione del consenso da parte del soggetto che conosceva la nullità del matrimonio⁶⁵. In altre parole, la perseveranza del consenso termina con la revoca di questo, ossia, quando vi sia una volontà ferma e ostinata di cessare d'essere coniuge⁶⁶.

Se poi l'impedimento era noto ad entrambe le parti, il consenso deve essere rinnovato da tutte e due le parti in una forma liberamente scelta che può consistere in un atto di amore coniugale e in segreto senza che gli altri ne siano a conoscenza⁶⁷. Il consenso cioè deve essere rinnovato da entrambe le parti e nel modo da esse ritenuto più opportuno⁶⁸ privatamente e in segreto come a dire, nel foro interno⁶⁹. Il che si verifica quando l'impedimento è occulto, cioè non può provarsi nel foro esterno.

5. Se il matrimonio è nullo per difetto o vizio del consenso, occorre distinguere l'ipotesi in cui la mancanza o il vizio del consenso possa essere provato da quella in cui il difetto o il vizio del consenso non possa essere provato. Nel primo caso a norma del can. 1159, quando la parte ha manifestato all'altra la propria intenzione di escludere un elemento essenziale del matrimonio, il consenso deve essere rinnovato da entrambe le parti in forma canonica⁷⁰. Se il difetto o vizio del consenso non può essere provato, è sufficiente che la parte che non aveva espresso un consenso valido lo rinnovi privatamente e in segreto, cioè senza la presenza del parroco e dei testimoni⁷¹. Viene così abbandonata opportunamente la problematica distinzione tra il vizio di consenso meramente interno e quello esterno. Al posto di siffatta distinzione viene

⁶⁵ ALBERTO BERNARDEZ CANTON, *op. cit.*, p. 236.

⁶⁶ JUAN FORNES, *op. cit.*, p. 181.

⁶⁷ ANTONINO ABATE, *op. cit.*, p. 167.

⁶⁸ LUIGI CHIAPPETTA, *op. cit.*, p. 399; FRANCESCO SALERNO, *op. cit., loc. cit.*, p. 303; ALBERTO BERNARDEZ CANTON, *op. cit.*, p. 238; MARIANO LOPEZ ALARCON-RAFAEL NAVARRO VALLS, *op. cit.*, p. 363; FEDERICO AZNAR GIL, *op. cit.*, p. 218.

⁶⁹ MARIANO LOPEZ ALARCON-RAFAEL NAVARRO VALLS, *op. cit.*, p. 361.

⁷⁰ ANTONIO ABATE, *op. cit.*, p. 167; Cfr. Analogamente JACQUES VERNAY, *op. cit., loc. cit.*, p. 433; LUIGI DE LUCA, *op. cit., loc. cit.*, p. 35; FRANCESCO SALERNO, *op. cit., loc. cit.*, p. 303; ANTONIO MOLINA MELIA-MARIA ELENA OLMOS ORTEGA, *op. cit.*, p. 317; JOSÉ FERNANDEZ CASTANO, *op. cit.*, p. 543; PAOLO MONETA, *op. cit.*, p. 218; ALBERTO BERNARDEZ CANTON, *op. cit.*, pp. 238-239; JUAN FORNES, *op. cit.*, p. 181; MARIANO LOPEZ ALARCON-RAFAEL NAVARRO VALLS, *op. cit.*, p. 364; FEDERICO AZNAR GIL, *op. cit.*, p. 219; JOSÉ MARIA GONZALEZ DEL VALLE, *op. cit.*, p. 129; NIKOLAUS SCHOCH, *op. cit., loc. cit.*, p. 527; ALBERTO BERNARDEZ CANTON, *De matrimonii convalidatione*, in *Commentario exegetico al código de derecho canonico*, vol. III, Pamplona 2002, pp. 1619-1621.

⁷¹ Vedi autori citati nella nota precedente.

adibita quella più chiara tra mancanza di volontà provabile e mancanza di volontà non provabile⁷². In tal modo il codice 1983 ha semplificato la normativa, abbandonando la distinzione tra vizio meramente interno e vizio esterno del consenso e sostituendo, quindi, questa distinzione con il principio della possibilità della prova, in analogia con quanto disposto nel can. 1074 circa la differenza tra impedimenti pubblici e impedimenti occulti⁷³. A norma del §1 del can. 1159, il legislatore richiede, affinché la rinnovazione del consenso sia valida, che venga meno il motivo di nullità preesistente e che il consenso sia rinnovato soltanto dal coniuge che prestò il consenso in modo invalido⁷⁴. Dunque, la mancanza del consenso o un suo vizio sostanziale rendono invalido il matrimonio e per la convalida è necessario per diritto naturale che il consenso sia debitamente rinnovato, dopo che sia cessata la causa che ne ha determinato la mancanza o il vizio; deve rinnovare il consenso la parte che ha mancato di darlo o lo ha prestato in modo viziato, purché l'altra parte perseveri nel consenso già dato⁷⁵.

Il matrimonio, infine, può essere nullo per vizio di forma, perché non è presente il ministro sacro o manca la delega per l'assistenza o mancano tutti e due i testimoni⁷⁶. In siffatta ipotesi, trattandosi di vizio essenzialmente pubblico, in quanto il difetto di forma può essere provato in foro esterno, la rinnovazione del consenso non può essere effettuata che nella forma canonica a norma del can. 1108, salvo il disposto del can. 1127, §2 relativo alla dispensa da detta forma nei matrimoni misti⁷⁷. In questi casi si ha una nuova celebrazione del matrimonio⁷⁸, nel senso che l'unico modo di sanare un matrimonio nullo per difetto di forma è quello di ripetere la celebrazione secondo le forme prescritte dalla legge, salvo quanto disposto dal can. 1127 per i matrimoni misti⁷⁹. Qualche autore sostiene che anche il matrimonio civile possa essere oggetto di convalidazione semplice⁸⁰, purché i coniugi sappiano o credano che il loro

⁷² REINHOLD SEBOTT-CORRADO MARUCCI, *op. cit.*, p. 260; FRANCESCO SALERNO, *op. cit., loc. cit.*, p. 303; ALBERTO BERNARDEZ CANTON, *op. cit., loc. cit.*, p. 1621.

⁷³ FRANCESCO SALERNO, *op. cit., loc. cit.*, p. 303.

⁷⁴ LUIGI DE LUCA, *op. cit., loc. cit.*, p. 35.

⁷⁵ LUIGI CHIAPPETTA, *op. cit.*, p. 400.

⁷⁶ ANTONINO ABATE, *op. cit.*, p. 168; REINHOLD SEBOTT-CORRADO MARUCCI, *op. cit.*, p. 260; LUIGI CHIAPPETTA, *op. cit.*, p. 400.

⁷⁷ LUIGI CHIAPPETTA, *op. cit.*, p. 40.

⁷⁸ JAVIER HERVADA, *op. cit., loc. cit.*, p. 700; FRANCESCO SALERNO, *op. cit., loc. cit.*, p. 303; ANTONIO MOLINA MELIA-MARIA ELENA OLMOS ORTEGA, *op. cit.*, p. 317.

⁷⁹ FRANCESCO FINOCCHIARO, *op. cit.*, p. 100.

⁸⁰ JOSÉ FERNANDEZ CASTANO, *op. cit.*, p. 543; LUIGI CHIAPPETTA, *op. cit.*, p. 400.

matrimonio civile sia nullo fin dall'inizio, nel senso che, se le parti fossero convinte della sua validità ed accettassero di rinnovare il consenso come pura formalità, la convalidazione non produrrebbe alcun effetto⁸¹. Si afferma che è necessario che l'atto di convalida del matrimonio sia dotato di tutte le qualità richieste per il consenso iniziale del matrimonio canonico⁸². E, a nostro avviso, non è possibile convalidare un matrimonio meramente civile, se è vero che, perché possa aversi la convalida semplice di un matrimonio, quest'ultimo deve essere un matrimonio celebrato *coram ecclesia*, ma nullo per mancanza del teste qualificato o della delega del sacerdote assistente o dei due testimoni.

Quanto poi agli effetti della convalidazione semplice, il matrimonio diventa valido dal momento della convalidazione, non ritenendo noi accettabile la tesi di chi distingue tra foro esterno nel quale gli effetti si produrrebbero dal momento della celebrazione (*ex tunc*), e foro interno, nel quale gli effetti si produrrebbero nel momento in cui un matrimonio invalido si converte in matrimonio valido (*ex nunc*)⁸³. Così deve riconoscersi che la convalidazione semplice, trattandosi di una nuova celebrazione del matrimonio, produce i suoi effetti *ex nunc*, cioè dal momento del rinnovo del consenso; essa non ha, in altre parole, efficacia retroattiva in quanto si tratta di un nuovo atto di volontà⁸⁴.

II. *La sanazione in radice*

6. La sanazione in radice è un modo straordinario di convalidazione del matrimonio. Essa è un'applicazione della superiorità del Pontefice su tutto il diritto umano, della sua possibilità di derogare ad ogni norma di tale diritto⁸⁵.

Ad essa si ricorre quando non sia possibile la convalidazione semplice con la rinnovazione del consenso. La sanazione in radice consiste nella convalidazione del matrimonio invalido, che porta con sé oltre alla dispensa dell'impedimento di diritto ecclesiastico, la dispensa dall'obbligo di rinnovare il consenso e la retrotrazione al passato per finzione giuridica riguardo agli effetti canonici⁸⁶. Questo concetto è stato accolto nel can. 1138, §1 del Codice 1917 e il §2 statuisce che la convalidazione è fatta dal momento della

⁸¹ NIKOLAUS SCHOCH, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 530.

⁸² NIKOLAUS SCHOCH, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 531.

⁸³ JOSÉ MARIA GONZALEZ DEL VALLE, *op. cit.*, p. 129.

⁸⁴ NIKOLAUS SCHOCH, *op. cit.*, p. 531.

⁸⁵ ARTURO CARLO JEMOLO, *op. cit.*, p. 406.

⁸⁶ MARIO FALCO, *op. cit.*, p. 286.

concessione della grazia, laddove la retrotrazione degli effetti si intende fatta *ad initium matrimonii, nisi aliud expresse caveatur*.

Riserva, questa, che si riferisce al caso in cui la retrotrazione del provvedimento sia limitata ad un tempo intermedio anziché fatta risalire al momento della celebrazione del matrimonio⁸⁷.

I canonisti distinguono, infatti, una *sanatio totalis* o propriamente detta, che porta con sé la doppia dispensa, dall'impedimento e dalla regola del rinnovo del consenso, nonché la *fictio iuris* circa la retroattività degli effetti canonici, e la *sanatio partialis* o impropriamente detta che si ha allorquando non concorrano tutti questi estremi, perché si accordano i soli effetti canonici, o si richiede da un coniuge che rinnovi il consenso, o non si fanno retroagire gli effetti all'inizio del matrimonio o ad un tempo intermedio⁸⁸.

Perché possa operarsi la sanazione in radice si richiedono alcune condizioni.

Innanzitutto, deve trattarsi di un matrimonio nullo a causa di un impedimento di diritto ecclesiastico o per difetto di legittima forma⁸⁹. In quanto all'impedimento, si deve trattare di un impedimento di diritto ecclesiastico, perché se si tratta di un impedimento di diritto naturale o divino positivo, la Chiesa non sana il matrimonio, neanche dopo che l'impedimento sia cessato e neanche dal giorno della cessazione⁹⁰; a norma del can. 1139, §2. La questione era disputata nel caso in cui il matrimonio fu nullo per impedimento di legame o per impedimento di impotenza cessati per morte della moglie o per cessato impedimento di impotenza in seguito ad una operazione chirurgica. La Sacra Congregazione del Santo Uffizio il 2 marzo 1904 rispose alla proposta questione, affermando che il matrimonio contratto con impedimento di diritto naturale o divino non può sanarsi in radice. Ma, molti canonisti ritennero che questa risposta non fosse accettabile, come quella che negava alla Chiesa un potere che in realtà era possibile, fino a quando il Codice stabilì che il matrimonio in questi casi non può sanarsi, anche se la S. Congregazione del Santo Uffizio e le altre Congregazioni, nel foro esterno, e la Sacra Penitenziaria, nel foro interno, per gravi cause talvolta concedono questa imperfetta e impropriamente detta sanazione in radice dal momento della cessazione dell'impedimento, nonostante il suddetto can. 1139, §2⁹¹.

⁸⁷ ANTONIO BOGGIANO PICO, *op. cit.*, p. 621.

⁸⁸ ARTURO CARLO JEMOLO, *op. cit.*, p.407.

⁸⁹ IOANNIS CHELODI, *op. cit.*, p. 184.

⁹⁰ DOMENICO SCHIAPPOLI, *op. cit.*, p. 259.

⁹¹ PIETRO GASPARRI, *op. cit.*, pp. 264-266.

Si richiede, inoltre, che sussista un consenso naturalmente sufficiente, ma giuridicamente inefficace.

Questo consenso è la radice che viene sanata, e che, mancando nel caso in cui l'affetto non fu maritale, ma fornicario soltanto, non può concepirsi la sanazione⁹². Il consenso, in altri termini, deve essere un consenso matrimoniale, con la conseguenza che non sarebbe ammissibile una sanazione in caso di concubinato⁹³, in quanto la legittimazione di un consenso fornicario non sarebbe possibile perché si richiederebbe per operarla non un'attribuzione di legittimità, ma la creazione di un consenso maritale, che non era mai esistito⁹⁴. Ma è possibile ravvisare nel matrimonio civile l'espressione della volontà coniugale. S'afferma autorevolmente che si distingue tra la parte non credente che sposa civilmente insistendo di legarsi per la vita col matrimonio civile, ed esprimendo in questo *l'affectio maritalis*, la parte credente che nel matrimonio civile presta un vero consenso matrimoniale, pur ritenendo che esso sia inefficace perché solo nelle forme canoniche il consenso può raggiungere il suo risultato; infine, la parte credente che si presta al matrimonio civile intendendo espletare una semplice cerimonia civile; e si afferma all'uopo che, nei primi due casi, si ha una volontà matrimoniale che può essere base alla sanazione, mentre nel terzo non si ha la detta volontà matrimoniale⁹⁵. Sicché, la Chiesa piuttosto che delle estreme apparenze, come in passato, si preoccupa dell'effettiva esistenza di un vero e proprio consenso maritale, quale può precisamente sussistere in un matrimonio civile⁹⁶. Pertanto, quando non vi sia dubbio sulla validità del consenso proferito nel rito matrimoniale civile, la Santa Sede concede solitamente la sanazione in radice; che se, invece, celebrando il rito civile, le parti non emettessero un vero consenso maritale, ritenendo essere questa una mera formalità, non potrebbe applicarsi al rito civile la sanazione in radice⁹⁷.

Altra condizione imprescindibile della sanazione in radice è la perseveranza del consenso⁹⁸. Infatti presupposto essenziale della sanazione in radice è il consenso valido ed efficace emesso fin dall'inizio del matrimonio e che

⁹² IOANNIS CHELODI, *op. cit.*, p. 184.

⁹³ DOMENICO SCHIAPPOLI, *op. cit.*, p. 260; MARIO FALCO, *op. cit.*, p. 287; ARNALDO BERTOLA, *op. cit.*, p. 246.

⁹⁴ ANTONIO BOGGIANO PICO, *op. cit.*, p. 623.

⁹⁵ ARTURO CARLO JEMOLO, *op. cit.*, p. 412.

⁹⁶ ANTONIO BOGGIANO PICO, *op. cit.*, p. 624.

⁹⁷ ANTONIO BOGGIANO PICO, *op. cit.*, p. 625.

⁹⁸ IOANNIS CHELODI, *op. cit.*, p. 185; PIETRO GASPARRI, *op. cit.*, p. 267.

tuttora perdura⁹⁹. In effetti, con la sanazione si viene a togliere l'ostacolo, cioè l'impedimento dirimente dispensabile o il difetto di forma che rendono invalido il matrimonio; sicché, una volta tolto l'ostacolo, il matrimonio che fino a quel momento era invalido tale rimane per il passato, ma diventa efficace per il futuro, con la conseguenza che con una finzione di legge l'autorità ecclesiastica, nell'esercizio del suo potere legislativo, attribuisce alla dispensa una forza retroattiva, per cui il matrimonio è ritenuto valido nei suoi effetti canonici sin da principio¹⁰⁰. Quanto al consenso è necessario che esso sia prestato e perduri all'epoca della sanazione (can. 1139, §1), perché se in una o in ambedue le parti manca il consenso, il matrimonio non si può sanare in radice, sia che il consenso mancasse fin dall'inizio e sia che, dato inizialmente, sia stato poi revocato: che se il consenso mancò da principio, ma in seguito fu dato, la sanazione può essere concessa dal momento della prestazione del consenso (can. 1140, §1, §2)¹⁰¹. Si afferma che l'elemento del consenso, essenziale per la validità del vincolo matrimoniale, deve persistere senza interruzione dalla sua manifestazione iniziale sino al momento in cui è applicata la sanazione in radice, per cui quest'ultima non è applicabile se fosse intervenuta nel frattempo un'effettiva ed efficace revoca del consenso¹⁰². Secondo taluni il consenso non si ritiene revocato quand'anche vi sia discordia fra i coniugi ed abbiano iniziato il giudizio di separazione, e non si potrebbe ritenere revocato il consenso nel caso che una parte si rifiutasse di rinnovarlo, non potendosi confondere la revoca con il rifiuto della sua rinnovazione¹⁰³. Per quanto si sostiene in dottrina che il consenso si presume perseverare anche se i coniugi siano tra loro in aspra lite e se sia certo che si gioverebbero subito della nullità, ove la conoscessero, come pure nel caso che siano separati di letto e di mensa e perfino se abbiano già iniziato la causa di nullità, ma il giudice non abbia ancora deciso, da un'altra dottrina si ritiene che sembra insostenibile affermare che il consenso si presume perseverare nel caso che una parte instauri la causa di nullità, perché non si riesce a concepire quale manifestazione più univoca di revoca del consenso ci sia di chiedere al giudice la declaratoria di nullità¹⁰⁴. Quel che è certo è che di fatto la Santa Sede non concede mai la sanazione in radice dopo iniziata una causa di nullità e

⁹⁹ DOMENICO SCHIAPPOLI, *op. cit.*, p. 259.

¹⁰⁰ DOMENICO SCHIAPPOLI, *op. cit.*, p. 259.

¹⁰¹ DOMENICO SCHIAPPOLI, *op. cit.*, p. 260; MARIO FALCO, *op. cit.*, pp. 286-287.

¹⁰² ANTONIO BOGGIANO PICO, *op. cit.*, pp. 625-626.

¹⁰³ ANTONIO BOGGIANO PICO, *op. cit.*, p. 626; cfr. anche GIOVANNI CAVIGIOLI, *op. cit.*, p. 620.

¹⁰⁴ ARTURO CARLO JEMOLO, *op. cit.*, p. 413.

neppure vuole concederla quando le parti sono separate¹⁰⁵.

Si discute in dottrina se sia possibile concedere la sanazione in radice allorché una parte sia diventata pazza o, comunque, inferma di mente. E si afferma all'uopo che, se l'amnesia è perpetua, senza lucidi intervalli, qualunque vi siano autori che ritengono possibile la sanazione in radice, poiché il consenso prestato non fu revocato, di fatto la Sacra Penitenziaria e le altre congregazioni non sanano siffatti matrimoni¹⁰⁶. Si può porre in rilievo che nell'ipotesi in cui uno dei coniugi sia morto e nell'ipotesi in cui uno di essi sia diventato infermo di mente, tra i requisiti che occorrono per la concessione della sanazione in radice non c'è quello della volontà né quello della scienza di entrambe le parti (can. 1138, §3); che non vuole concedersi la sanazione in radice contro il volere di entrambi gli interessati, mentre potrebbe essere concessa a loro insaputa, come nel caso di genitori sposatisi solo civilmente, rimasti nella indifferenza religiosa, ed ai figli religiosi che si struggono pensando allo stato di peccato in cui vivono i loro genitori ed implorano dall'autorità ecclesiastica di farla cessare¹⁰⁷. Si ritiene che, se l'amnesia sia temporanea e la parte amente abbia lucidi intervalli, si concede la vera e propria sanazione in radice soltanto nel lucido intervallo¹⁰⁸.

Si sostiene che in questi casi la Santa Sede non vuole concedere la sanazione in radice, usando tuttavia la formula, contenuta in un rescritto dell'8 dicembre 1889, del *non expedire*. A detta di un illustre canonista il *non expedit* sembra doversi interpretare: la Chiesa può anche in questo caso accordare gli effetti di diritto umano del matrimonio, e non vi sarebbe alcun inconveniente se sanasse il matrimonio allorché vi fosse la certezza che la sanazione non porterà mai i coniugi ad usare di quel vincolo che resta incerto se si sia formato davanti a Dio; ma pure non conviene che dispensi, perché sarebbe possibile che la sanazione in radice aprisse l'adito a rapporti fornicari¹⁰⁹.

7. La dispensa ha effetto retroattivo sicché gli effetti si producono *ex tunc*, cioè dal momento della celebrazione del matrimonio, con la conseguenza che i figli si considerano nati *ex iustis nuptiis* cioè legittimi¹¹⁰. Si sostiene così che i figli nati durante il matrimonio invalido, che venga poi sanato in radice, non

¹⁰⁵ ARTURO CARLO JEMOLO, *op. cit.*, p. 413.

¹⁰⁶ PIETRO GASPARRI, *op. cit.*, p. 267.

¹⁰⁷ ARTURO CARLO JEMOLO, *op. cit.*, pp. 416-417.

¹⁰⁸ PIETRO GASPARRI; *op. cit.*, p. 267.

¹⁰⁹ ARTURO CARLO JEMOLO, *op. cit.*, p. 416.

¹¹⁰ IOANNIS CHELODI, *op. cit.*, p. 183; PIETRO GASPARRI, *op. cit.*, p. 361.

sono legittimati per *subsequens matrimonium* ma si considerano legittimi, come nati da un matrimonio valido¹¹¹.

Il rescritto di concessione della dispensa richiede una causa giusta, che è l'altra condizione, al fine di ottenere la sanazione in radice.

L'apprezzamento della giusta causa costituisce la sfera in cui si esercita la facoltà discrezionale della Santa Sede o, ove ne sia il caso, degli Ordinari. Si avrebbe una causa giusta quando entrambe le parti fossero consapevoli della nullità del matrimonio, ma una di esse si rifiutasse di rinnovare il consenso dinanzi al parroco nella forma prescritta dalla legge, oppure se la invalidità sia nota a una sola delle parti e vi sia pericolo o fondato timore che la parte ignara, qualora venisse informata della nullità, possa essere indotta dall'occasione a revocare il consenso originariamente prestato, oppure se la nullità dipenda da negligenza colpevole dell'Ordinario o del parroco, oppure se esista un motivo di nullità ignoto ad entrambi i coniugi putativi e di cui non sia possibile avvisarli senza pericolo di danno o di scandalo¹¹². Si afferma che in tutta la materia delle dispense, di concessioni, cioè non obbligatorie, ma lasciate dalla legge al potere discrezionale della suprema potestà ecclesiastica, o di altre ad esse subordinate, vige il principio, che colui che ne invochi in proprio favore l'applicazione, deve dimostrare che, oltre a ricorrere le condizioni imprescindibili perché possa farsi ricorso alla sanazione in radice, concorre anche una giusta causa¹¹³. Sicché l'istituto della sanazione in radice viene a delinearci come una forma di convalidazione eccezionale, in cui la cooperazione delle parti viene ad essere sostituita dall'attività della autorità ecclesiastica¹¹⁴. Si avverte poi che la retrotrazione degli effetti canonici del matrimonio sanato in radice, per es. la legittimità dei figli, concessa per una finzione giuridica, non significa che il matrimonio si ritenga valido anche per il periodo anteriore alla sanazione quando cioè era invalido, poiché, nonostante l'attribuzione dell'effetto retroattivo, il vero matrimonio non sussiste se non dal momento in cui viene concessa la sanazione, dal quale istante solamente si perfeziona il contratto-sacramento, con la conseguenza che un matrimonio sanato in radice può essere sciolto per dispensa *super rato* nonostante la consumazione anteriore, se non vi siano stati rapporti coniugali dopo la sanazione¹¹⁵.

¹¹¹ VINCENZO DEL GIUDICE, *op. cit.*, p. 116.

¹¹² DOMENICO SCHIAPPOLI, *op. cit.*, p. 260; MARIO FALCO, *op. cit.*, p. 287; ANTONIO BOGGIANO PICO, *op. cit.*, p. 626.

¹¹³ ANTONIO BOGGIANO PICO, *op. cit.*, p. 626.

¹¹⁴ ARNALDO BERTOLA, *op. cit.*, p. 245.

¹¹⁵ ARNALDO BERTOLA, *op. cit.*, p. 247.

Si osserva che è pressoché impossibile che non si presenti una giusta causa per la concessione della sanazione perché o la sanazione è il solo modo perché il vincolo divenga valido, e la causa della concessione è *in re ipsa* nel bene di avere due persone unite con un vincolo matrimoniale anziché con un vincolo concubinario e nell'effetto favorevole per i figli della legittimità o le parti potrebbero rinnovare il consenso, ma il fatto stesso che, in luogo di rinnovarlo, chiedono la *sanatio*, dimostra che la rinnovazione formale presenterebbe per loro qualche inconveniente¹¹⁶.

A norma del can. 1141, la sanazione in radice può essere concessa unicamente dalla Sede Apostolica. L'istanza deve essere presentata dalle parti o anche da un terzo a loro insaputa ed anche dopo la morte di uno dei coniugi¹¹⁷. Nel libello supplice accuratamente deve esprimersi la fattispecie, se il consenso vi fu fin dall'inizio e perseveri, se le parti siano in buona fede, e per quale causa sia richiesta la sanazione in radice¹¹⁸. Per il foro interno essa è concessa dalla Sacra Penitenziaria, per il foro esterno dalla Congregazione dei Sacramenti, di regola, ma dal Santo Ufficio, se una delle parti sia cattolica, dalla Congregazione di Propaganda Fide se le parti risiedono in territori a questa soggetti, dalla Congregazione per la Chiesa orientale, se una delle parti sia orientale¹¹⁹. Il Papa può delegare ai nunzi, ai delegati apostolici, ai vescovi, ed ai missionari questa facoltà e la delega è data attraverso i dicasteri sopra citati¹²⁰. Il Vescovo poi non può usare della facoltà di sanare in radice senza avere avuto la delega dalla Santa Sede, nel caso in cui una parte versi in punto di morte e sia disperata per essere unita con vincolo solo civile e non riesca ad ottenere che l'altra parte consenta a perfezionare il vincolo di fronte alla Chiesa¹²¹. Quantunque qualche autore ritiene che in questo caso si abbia un conflitto tra diritto divino e diritto umano ecclesiastico, in cui il primo deve prevalere¹²². Ma questo argomento, oltre a enunciare il principio nella formula generale secondo cui ogni organo della Chiesa può, quando il bene delle anime lo esiga, giovare di tutti i poteri posseduti dalla stessa Chiesa, anche se il diritto positivo li riserva espressamente a tali organi, non può neanche fondarsi sul can. 81, per cui i vescovi possono dispensare leggi

¹¹⁶ ARTURO CARLO JEMOLO, *op. cit.*, p. 417.

¹¹⁷ MARIO FALCO, *op. cit.*, p. 287; DOMENICO SCHIAPPOLI, *op. cit.*, p. 260.

¹¹⁸ IOANNIS CHELODI, *op. cit.*, p. 185.

¹¹⁹ ARTURO CARLO JEMOLO, *op. cit.*, p. 418.

¹²⁰ ARTURO CARLO JEMOLO, *op. cit.*, p. 418.

¹²¹ ARTURO CARLO JEMOLO, *op. cit.*, p. 418.

¹²² FELIX MARIA CAPPELLO, *Tractatus canonico-moralis de Sacramentis*, vol. III, Torino 1939, p. 397.

generali della Chiesa, se sia difficile il ricorso alla Santa Sede, e si tratti di dispensa che la Santa Sede sia solita concedere, perché la *sanatio in radice* è qualcosa di più di una dispensa e non è possibile estendere il can. 81 oltre il proprio tenore e inoltre perché il can. 1141 come legge particolare dovrebbe prevalere sulla norma del can. 81, che ha carattere di generalità. Per analoghe ragioni non è possibile estendere i poteri accordati ai vescovi dai cann. 1043 e 1045, §2 fino a concedere nei vari casi ivi previsti la sanazione¹²³.

Il rescritto di concessione della sanazione può essere emanato in forma graziosa, nel qual caso la sanazione si ha al momento della concessione della grazia; ma di solito la Santa sede accorda la sanazione con un rescritto in forma commissoria, nel qual caso la sanazione si ha al momento dell'esecuzione allorché l'esecutore, adempiute le condizioni del rescritto, applica nel dovuto modo la dispensa¹²⁴.

Non è raro il caso che alla sanazione sia opposta una condizione qualsiasi, e la sanazione non sortirà effetto se la condizione non sia stata osservata¹²⁵.

8. È stato affermato, a proposito del Codice giovanneo-paolino, che circa la sanazione in radice esso ha dato la giusta evidenza alla sua finalità istituzionale, ponendo forte l'accento sull'essenzialità del consenso e sulla funzione meramente legalistica delle solennità formali, perché ordinate alla pubblicità e certezza dello stato coniugale¹²⁶ e, pur essendo ovvia la continuità storica dell'istituto, perché le nuove norme non ne alterano l'identità istituzionale, si deve prendere atto che siamo di fronte a un suo aggiornamento il quale non tocca soltanto aspetti marginali¹²⁷. Accade che spesso nelle norme in cui una delle parti non è cattolica o credente, questa potrebbe rifiutarsi di considerare senza efficacia il consenso matrimoniale già espresso dinanzi ad un ufficiale civile o a un ministro di culto acattolico, con grande angustia della parte cattolica, ignara della nullità del suo matrimonio, la informazione al riguardo le potrebbe causare un'angustia sapendo di essere in una unione irregolare per tanto tempo¹²⁸.

La sanazione in radice è la convalida di un matrimonio nullo per l'esistenza di un impedimento o per difetto di legittima forma, che avviene senza la rin-

¹²³ ARTURO CARLO JEMOLO, *op. cit.*, p. 418.

¹²⁴ ARTURO CARLO JEMOLO, *op. cit.*, pp. 418-419.

¹²⁵ ARTURO CARLO JEMOLO, *op. cit.*, p. 419; cfr. anche VINCENZO DEL GIUDICE, *op. cit.*, p. 118.

¹²⁶ FRANCESCO SALERNO, *op. cit., loc. cit.*, p. 304.

¹²⁷ FRANCESCO SALERNO, *op. cit., loc. cit.*, p. 304.

¹²⁸ ANTONINO ABATE, *op. cit.*, p. 169.

novazione del consenso ad opera diretta dell'autorità competente¹²⁹. Essa in realtà consiste nella convalida di un matrimonio nullo, che tuttavia a differenza della convalida semplice, non richiede la rinnovazione del consenso¹³⁰. La radice di cui si parla nella formula e nella quale viene "guarito" il matrimonio è la volontà sponsale mediante la quale un matrimonio viene in essere¹³¹.

Quanto alla definizione della sanazione in radice si nota nel codice un'enunciazione più semplice, in base al can. 1161, §1 secondo cui essa consiste nella convalidazione di un matrimonio nullo concessa dall'autorità competente senza la rinnovazione del consenso, la quale comporta la dispensa dall'impedimento causa della nullità, dalla forma canonica se questa non fu osservata nonché la retrotrazione al passato degli effetti canonici¹³². Tra i requisiti per la sanazione in radice il can. 1161, §3 propone la necessità di poter provare l'intenzione delle due parti di perseverare nella vita coniugale¹³³. A questo proposito si conferma asserendo che la sanazione in radice non si conceda a meno che non sia probabile che le parti intendano perseverare nella vita coniugale¹³⁴. Per ben capire meglio quale sia il procedimento giuridico di cui si parla è necessario avere presente il fatto che la volontà sponsale era presente al momento della celebrazione ovvero è stata posta in seguito (can. 1162, §2) e dura ancora al momento della sanazione in radice. Tuttavia tale volontà sponsale non ha potuto finora né può tuttora esplicitare la forza che possiede, perché a ciò osta un impedimento, sia questo un impedimento, sia questo un impedimento tecnico oppure una mancanza di forma legittima. Appena questa circostanza viene a cessare nulla più osta a che tale forza si espliciti, cioè ci troviamo di fronte ad un matrimonio valido¹³⁵.

Due presupposti sono richiesti dalla sanazione in radice. In primo luogo, il matrimonio deve essere contratto con una base sponsale sufficiente per

¹²⁹ LUIGI CHIAPPETTA, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 400.

¹³⁰ LUIGI DE LUCA, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 35.

¹³¹ REINHOLD SEBOTT-CORRADO MARUCCI, *op. cit.*, p. 261.

¹³² FRANCESCO SALERNO, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 304; cfr. ANTONIO MOLINA MELIA-MARIA ELENA OLMOS ORTEGA, *op. cit.*, p. 317; ALBERTO BERNARDEZ CANTON, *op. cit.*, p. 239; PAOLO MONETA, *op. cit.*, p. 220; JUAN FORNES, *op. cit.*, p. 182; FEDERICO AZNAR GIL, *op. cit.*, p. 219; GINESIO MANTUANO, *Il c.d. recupero del negozio matrimoniale invalido*, Ancona 1992, pp. 261 ss; IDEM, *Consenso matrimoniale e consortium totius vitae*, Macerata 2006, pp. 221-224; ENRICO VITALI-SALVATORE BERLINGÒ, *op. cit.*, p. 137.

¹³³ FRANCESCO SALERNO, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 304.

¹³⁴ LUIGI DE LUCA, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 35; MARIANO LOPEZ ALARCON-RAFAEL NAVARRO VALLS, *op. cit.*, p. 367; FRANCESCO MARIO POMPEDDA, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 686; NIKOLAUS SCHOCH, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 536.

¹³⁵ REINHOLD SEBOTT-CORRADO MARUCCI, *op. cit.*, p. 262.

diritto naturale. In secondo luogo nonostante la presenza di tale consenso sufficiente, non è sorto un matrimonio valido per diritto ecclesiastico o perché era presente un impedimento dirimente di diritto ecclesiastico oppure perché non fu osservata la forma prescritta dal diritto canonico.

La convalidazione in radice non può operare in mancanza di una preesistente volontà matrimoniale delle parti, ma deve necessariamente presupporre l'esistenza di un originario consenso matrimoniale di per sé idoneo a dar vita a un valido matrimonio, ma che non ha prodotto gli effetti giuridici suoi propri a causa di un impedimento o di un difetto di forma¹³⁶.

Tra i presupposti perché si abbia la sanazione in radice vi deve essere un matrimonio nullo per la legge ecclesiastica o divina, naturale o positiva. Ma deve sussistere un consenso naturalmente sufficiente qualunque sia la forma nella quale sia stato manifestato; deve esistere un vero consenso coniugale o animo maritale¹³⁷, perché il matrimonio invalido a causa di un vizio di consenso non può essere sanato in radice¹³⁸. Presupposto necessario perché possa operare la sanazione in radice sono la presenza del consenso matrimoniale naturalmente sufficiente in ambedue le parti e la perseveranza del consenso di entrambe le parti (can. 1163, §1). Esiste una presunzione *iuris tantum* di detta perseveranza come stabilisce il can. 1107¹³⁸.

Il consentimento necessario e sufficiente per servire da supporto alla sanazione in radice può consistere nella celebrazione del matrimonio canonico o di altro matrimonio religioso o del matrimonio civile o altra ipotesi di convivenza coniugale di mero fatto quando si dimostra che i conviventi siano animati da un sincero desiderio di vivere in matrimonio¹³⁹. Deve però trattarsi di un consenso naturalmente sufficiente anche se giuridicamente inefficace per la presenza di alcun impedimento dirimente o di un difetto di forma canonica in ambedue le parti. Si tratta di un requisito esigito dal diritto naturale per il quale il can. 1162, §1 stabilisce che, se manca il consentimento in entrambe le parti o in una sola di esse, il matrimonio non può sanarsi in radice, tanto se il consenso mancò fino dall'inizio come se fu dato in un primo momento e poi fu revocato¹⁴⁰.

La celebrazione del matrimonio in forma civile non esclude la prestazione di un autentico consenso di contenuto matrimoniale e attualmente si ammette

¹³⁶ PAOLO MONETA, *op. cit.*, pp. 220-221; FRANCESCO SALERNO, *op. cit., loc. cit.*, p. 305.

¹³⁷ ANTONIO MOLINA MELIÀ-MARIA ELENA OLMOS ORTEGA, *op. cit.*, p. 318.

¹³⁸ JOSÈ FERNANDEZ CASTANO, *op. cit.*, p. 544; JUAN FORNES, *op. cit.*, p. 182.

¹³⁹ JUAN FORNES, *op. cit.*, p. 183.

¹⁴⁰ MARIANO LOPEZ ALARCON-RAFAEL NAVARRO VALLS, *op. cit.*, p. 367.

la sanazione in radice del matrimonio civile data l'ampiezza con la quale questa forma viene ammessa negli ordinamenti statali¹⁴¹. Il consenso naturalmente sufficiente costituisce la causa totale ed adeguata per il matrimonio e il consenso naturale si distingue dal consenso fornicario in quanto è esplicitamente coniugale, finalizzato ad un matrimonio indissolubile¹⁴².

L'espressione *naturaliter sufficiens* non significa che si tratti di un atto di volontà meramente psicologico e senza conseguenze nell'ordine giuridico; ma consenso *naturaliter sufficiens* si riferisce all'apparenza di un tale consenso che comporta delle conseguenze nell'ambito del diritto naturale perché tale consenso contiene l'espressione di una volontà pertinente ad un atto giuridico.

E si è anche detto che siffatta manifestazione della volontà è esternamente preferibile e dettata da una potenziale efficacia giuridica e che, pur essendo privo della forma pubblica, non si tratta di un atto meramente interno perché la volontà va manifestata anche secondo il diritto naturale, cosicché il consenso naturalmente sufficiente contiene in sé tutte le potenzialità per essere un vero consenso coniugale¹⁴³. Si afferma che tale consenso è *iure naturae* idoneo a costituire il vincolo coniugale ed è insostituibile da parte di qualsiasi persona o autorità esterna¹⁴⁴.

Ma per la concessione della sanazione in radice non basta un consenso naturalmente sufficiente al momento della celebrazione invalida, essendo richiesto un altro presupposto: cioè la perseveranza del consenso. Perciò si richiede che il consenso sia già prestato e che perduri ed una volta che sia stato espresso in una qualsiasi forma giuridica, con l'intenzione di contrarre vero matrimonio, si presume che perduri fino a che non consti con certezza morale che esso è stato revocato con un'azione umana, mediante un positivo atto di volontà contrario, che distrugga il consenso precedente, non ancora passato ad effetto¹⁴⁵.

Non è sufficiente la revoca mediante una volontà interpretativa o la domanda della separazione, mentre si ritiene che non perseveri il consenso quando sia stata instaurata una causa di nullità¹⁴⁶. Quello della perseveranza è un presupposto fondamentale che trova riscontro nella presunzione di

¹⁴¹ FEDERICO AZNAR GIL, *op. cit.*, p. 221.

¹⁴² ALBERTO BERNARDEZ CANTON, *op. cit.*, p. 241.

¹⁴³ NIKOLAUS SCHOCH, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 534.

¹⁴⁴ GINESIO MANTUANO, *Sulle forme di convalida del negozio matrimoniale canonico*, in *Dir. Eccl.*, 98 (1987), p. 738.

¹⁴⁵ ANTONINO ABATE, *op. cit.*, pp. 169-170; REINHOLD SEBOTT-CORRADO MARUCCI, *op. cit.*, p. 264.

¹⁴⁶ ANTONIO MOLINA MELIA-MARIA ELENA OLMOS ORTEGA, *op. cit.*, p. 318.

cui al can. 1107; così situazioni che possono colpire il matrimonio sono la separazione, l'abbandono, l'accusa di nullità, ecc...in quanto indizi o fatti contraddittori con la perseveranza del consenso; indagini che hanno perduto grande interesse pratico in quanto il Codice ha introdotto il can. 1163, §3 secondo cui deve concedersi la sanazione in radice quando sia probabile che le parti intendono perseverare nella vita coniugale¹⁴⁷. La sanazione di un matrimonio, il cui naufragio si possa ragionevolmente prevedere, non sarebbe soltanto imprudente, ma rischiosa e scandalosa.

La revoca del consenso è l'atto fermo e pertinace di cessare di essere coniugi e necessita della prova: la presunzione della perseveranza del consenso cessa soltanto se i coniugi sono di fatto, o per sentenza giudiziale, separati o hanno introdotto una causa di nullità o di divorzio perché in tal modo si dimostra implicitamente la revoca del consenso¹⁴⁸.

9. Nel vecchio ordinamento si osservava che non era possibile la sanazione in radice di un impedimento di diritto naturale o divino anche dopo la cessazione di esso, ma che era soltanto possibile la dispensa da un impedimento di diritto ecclesiastico. Nel Codice del 1917, in conformità con una risposta del Santo Offizio del 2 marzo 1904, si stabiliva che il matrimonio contratto con un impedimento di diritto naturale o divino positivo non era suscettibile di sanazione da parte della Chiesa neppure quando l'impedimento fosse cessato (can. 1139, §2).

Si suoleva dire che era un'affermazione di fatto, ma non di diritto, come a dire che la Chiesa non sanava in radice questo tipo di matrimonio non perché non aveva la potestà di farlo, ma perché non era conveniente procedere ad esso¹⁴⁹.

Questa posizione era carente di una sufficiente ragione e veniva confermata da Paolo VI, nel 1966 col M.P. *Episcoporum muneribus* 15 giugno 1966 (AA S. 58 (1966) (p. 467-472) il quale si riservò la dispensa dalla norma che concedeva la sanazione in radice in tutti i casi in cui esisteva un impedimento di diritto naturale o divino già cessato¹⁵⁰. Questa disposizione è stata disci-

¹⁴⁷ ALBERTO BERNARDEZ CANTON, *op. cit.*, p. 142.

¹⁴⁸ NIKOLAUS SCHOCH, *op. cit.*, p. 546; il quale afferma anche che la Chiesa non concede la sanazione in assoluto se il pericolo di divorzio è attuale, perché è contro il buon senso che due coniugi per intervento dell'autorità della Chiesa, vengano legati con un vincolo indissolubile, se almeno uno di loro è già pronto a rompere questo vincolo (p. 537).

¹⁴⁹ PIO CIPROTTI, *De sanando in radice matrimonio irritato ob impedimentum iuris divini*, in *Apollinaris* 12 (1939), pp. 411-423; LUDOVICUS BENDER, *Sanatio matrimonii invalidi per impedimentum iuris divini*, in *E.I. can.*, 15 (1957), pp. 29-44.

¹⁵⁰ FEDERICO AZNAR GIL, *op. cit.*, p. 222.

plinata nell'attuale normativa canonica che nel can. 1163, §2 determina che il matrimonio nullo per un impedimento di diritto naturale o divino positivo solo può sanarsi una volta che è cessato l'impedimento¹⁵¹.

Si tratta in questo caso di una sanazione imperfetta perché i suoi effetti retroagiscono al momento non della celebrazione, ma al momento della cessazione dell'impedimento¹⁵². In generale, però, gli effetti canonici per *factio iuris* sono operanti dal momento in cui è stato celebrato invalidamente il matrimonio tranne che sia stabilito diversamente in modo espresso. Uno degli effetti è la piena legittimità dei figli nati dopo tale matrimonio e non la semplice legittimazione¹⁵³.

Questa condizione è particolarmente avallata dai due casi di sanabilità del matrimonio nullo per vizio di consenso se questo viene prestato (can. 1162, §2) e del matrimonio nullo a causa di un impedimento di diritto naturale o divino positivo dopo che tale impedimento è cessato (can. 1163, §2); nel primo caso, la sanazione si riferisce al momento quando il consenso è prestato, nel secondo si suppone la oggettiva verità del consenso¹⁵⁴.

Un'altra questione, già dibattuta durante la vigenza del codice 1917, riguarda la possibilità o meno di sanare in radice un matrimonio quando uno o entrambi i nubendi siano deceduti. E, nonostante gli opposti pareri, non manca un autore di osservare che tali sanazioni furono in passato concesse dalla Chiesa e che nel caso si tratta di sanazioni in radice impropriamente dette, ossia parziali, che non riguardano il vincolo matrimoniale, ma solo gli effetti canonici collaterali¹⁵⁵. Si presenta anche il caso di chi sia colpito da demenza o in genere da incapacità di contrarre matrimonio dopo la sua celebrazione e anche in questo caso qualche autore sostiene la sentenza affermativa¹⁵⁶.

Ma una particolare applicazione della sanazione in radice è quella relativa al matrimonio civile.

Avvenuta meno l'avversione verso il matrimonio civile considerato in passato come un vero concubinato, il più recente Magistero pontificio riconosce che la situazione dei cattolici che hanno contratto matrimonio civile non può equipararsi a quello dei semplici conviventi senza alcun vincolo e *more uxorio*.

¹⁵¹ *Communicationes*, 5 (1973), p. 192.

¹⁵² FEDERICO AZNAR GIL, *op. cit.*, p. 222; JOSÈ MARIA GONZALEZ DEL VALLE, *op. cit.*, p. 180.

¹⁵³ LUIGI CHIAPPETTA, *op. cit.*, p. 402.

¹⁵⁴ *Communicationes*, 5 (1973), pp. 9 ss.; 10 (1978), p. 123.

¹⁵⁵ FELIX CAPPELLO, *De Matrimonio*, Taurini, 1961, p. 789; in senso contrario MARIANO LOPEZ ALARCON-RAFAEL NAVARRO VALLS, *op. cit.*, p. 367.

¹⁵⁶ FELIX CAPPELLO, *op. cit.*, pp. 793-794,

Si è all'uopo sostenuto che a ben guardare il riconoscimento di effetti giuridici al matrimonio civile deriva soltanto dalla mancanza, sia pure radicale, della forma di celebrazione prescritta *ad substantiam*, mentre in esso è normalmente presente quella volontà matrimoniale di per sé idonea a dar vita ad un valido matrimonio e su questa volontà può innestarsi il provvedimento di sanazione in radice dell'autorità ecclesiastica a rendere così canonicamente validi quei matrimoni civili tra battezzati, quando non è possibile, per opposizione di una delle parti o per qualche altra valida ragione, procedere a una celebrazione religiosa tra i coniugi¹⁵⁷.

10. Ogni dispensa da una legge ecclesiastica richiede una giusta causa e ragionevole altrimenti la dispensa è illecita e, se non sia data dallo stesso legislatore o dal suo superiore, anche invalida¹⁵⁸.

Il can. 1164 stabilisce che la dispensa non sia concessa se non *gravem causam*¹⁵⁹.

Una modificazione si ha in ordine alla competenza a concedere la sanazione in radice. È stata infatti mitigata la norma che riserva all'esclusiva autorità della Santa Sede ogni competenza in materia e questa viene estesa in parte ai Vescovi¹⁶⁰.

Il Codice rompe con la vecchia norma codicistica secondo la quale la sanazione in radice solo poteva essere concessa dalla Sede Apostolica (can. 1141, 1917). E la nuova disciplina ammette che la sanazione in radice possa essere concessa dal Vescovo diocesano in ciascun caso (can. 1165, §2). Si osserva che con riferimento al Vescovo diocesano deve osservarsi che la facoltà si attribuisce precisamente al Vescovo diocesano e non ad altre autorità che potevano godere della considerazione dell'ordinario del luogo (can. 134, §3), con la conseguenza che tale facoltà può difficilmente considerarsi delegabile e deve essere concessa in ciascun caso, per la qual cosa si deve intendere che non è competente il diocesano a concludere la sanazione in una pluralità di casi indefinitivamente¹⁶¹. Si ritiene che solamente la Santa Sede è competente per concedere sanazioni generali per tutto il territorio o parziali per un gruppo di matrimoni; così si deduce dal can. 1165 che solamente il Vescovo diocesano ha la facoltà di concedere sanazioni in ciascun caso anche quando

¹⁵⁷ PAOLO MONETA, *op. cit.*, pp. 223-224.

¹⁵⁸ LUIGI CHIAPPETTA, *op. cit.*, p. 404.

¹⁵⁹ LUIGI DE LUCA, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 35.

¹⁶⁰ FRANCESCO SALERNO, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 305.

¹⁶¹ ALBERTO BERNARDEZ CANTON, *op. cit.*, p. 242.

concorrono vari motivi di nullità dello stesso matrimonio e che questa facoltà è delegabile conformemente al can. 137¹⁶². L'autorità competente è dunque la Sede Apostolica, a cui ognuno può rivolgersi direttamente: la Penitenziaria apostolica per il foro interno, la Congregazione dei Sacramenti per il foro esterno, salva la competenza della Congregazione per la dottrina della Fede (matrimoni misti) e della Congregazione per le Chiese orientali¹⁶³. Si tratta di una vera dispensa da un impedimento in senso improprio. La sanazione in radice può essere concessa dunque anche dai Vescovi diocesani ma con alcune limitazioni.

Il can. 1165, §1 impone, infatti, l'obbligo di osservare le condizioni richieste per autorizzare un matrimonio misto (can. 125) quando la sanazione verte su un tale matrimonio, ed include nella loro potestà la sanazione di matrimoni nulli a causa o di un impedimento la cui dispensa è riservata alla Santa Sede (can. 1078, §2), o di un impedimento di diritto naturale o di diritto divino che sia venuto a cessare (can. 1165, §2)¹⁶⁴.

La sanazione in radice può concedersi su domanda di entrambe le parti o di una sola di esse o da parte di un terzo (can. 1164). Può concedersi in termini assoluti o condizionali, nel qual caso la validità della stessa dipende dall'adempimento delle condizioni. Viene concessa mediante rescritto in forma graziosa o in forma commissoria, la prima sortisce i suoi effetti dal momento della concessione, mentre, la seconda sortisce i suoi effetti dal momento dell'esecuzione¹⁶⁵. Il rescritto deve notificarsi al sollecitante e si deve notificare anche al parroco del luogo dove si celebrò il matrimonio perché si proceda alla annotazione nei registri del matrimonio e del battesimo (can. 1123).

¹⁶² MARIANO LOPEZ ALARCON-RAFAEL NAVARRO VALLS, *op. cit.*, p. 368; LUIGI CHIAPPETTA, *op. cit.*, p. 405, perché è facoltà ordinaria annessa all'ufficio.

¹⁶³ LUIGI CHIAPPETTA, *op. cit.*, p. 405.

¹⁶⁴ FRANCESCO SALERNO, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 306.

¹⁶⁵ ALBERTO BERNARDEZ CANTON, *op. cit.*, p. 242.

I profili metodologici della scienza del jus publicum ecclesiasticum nel secolo XVIII

CRISTIANA MARIA PETTINATO

Introduzione

La storia della Chiesa, dal momento stesso della sua fondazione, è segnata dallo sviluppo di forti contestazioni dottrinali antigiuridiche che, contrappo-
nendo la dimensione visibile a quella invisibile, negano le legittimità del diritto ecclesiale. Molteplici sono state le espressioni di tale spiritualismo antigiuridico e, di conseguenza, molteplici sono state le risposte della Chiesa. Nel periodo successivo alla Riforma protestante, la risposta cattolica alle correnti antigiuridiche viene espressa con una peculiare disciplina denominata *jus publicum ecclesiasticum*. Le vicende del *jus publicum ecclesiasticum* si snodano lungo il corso di due secoli e più, dalla nascita nel Settecento fino al suo declino determinato dagli sviluppi ecclesiologici del Vaticano II, sviluppi non più giuridicamente traducibili con le obsolete formule giuspubblicistiche¹. Un lungo periodo nel corso del quale le caratteristiche di tale disciplina non rimangono immutate, così come non rimane immutata la sua collocazione nel panorama degli studi canonistici. Basti pensare ai dubbi iniziali sull'ortodossia di alcuni fondatori della scienza, con la conseguente messa all'indice di alcune opere settecentesche di *jus publicum ecclesiasticum*, ed alla finale consacrazione della disciplina con l'enciclica *Quod Divina Sapientia* di Leone XIII che, nel 1824, stabilisce l'obbligo dello studio del *jus publicum ecclesiasticum* in ogni università pontificia.

Di questa lunga e complessa storia, però, esaminerò solo le origini nel secolo XVIII, tentando di enucleare i più salienti profili metodologici della scienza del *jus publicum ecclesiasticum*.

¹ Si veda CARLOS JOSÉ ERRÁZURIZ MACKENNA, *Il diritto e la giustizia nella Chiesa. Per una teoria fondamentale del diritto canonico*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 3-38 e in particolare sul *jus publicum ecclesiasticum* pp. 34-36.

1. *Alcune ipotesi sulle origini della scienza del jus publicum ecclesiasticum*

I molteplici avvenimenti che conducono al definitivo tramonto della *Respublica Christiana*, dissolvendo l'*unitas* medievale in un intricato e tormentato insieme di comunità nazionali, ciascuna con differenti identità culturali, giuridiche e soprattutto religiose, rappresentano il terreno fertile per la nascita, nel secolo XVIII, di una speciale branca della scienza canonistica, il *jus publicum ecclesiasticum*.

La scienza del *jus publicum ecclesiasticum* si contraddistingue per il forte intento apologetico con il quale i suoi rappresentanti s'impegnano a contrapporre alle teorie protestanti la vera *imago Ecclesiae*, il suo sistema giuridico, le sue prerogative, *ad intra*, di sapore prettamente costituzionale, e quelle, *ad extra*, avanzate nei confronti degli Stati con cui la Chiesa si trova costretta a convivere su un piano di parità, almeno formale.

Questa peculiare elaborazione scientifica ha come luogo natale la Germania del secolo dei «Lumi», e si deve all'iniziativa di alcuni canonisti – Barthel, Neller, Endres, Schmidt, Ickstatt, Zallwein, Zallinger, comunemente considerati i fondatori della disciplina canonistica del *jus publicum ecclesiasticum* – che gravitano intorno all'Università di Würzburg, prima come studenti poi come docenti.

I maestri di Würzburg sono studiosi dagli eclettici interessi culturali, per la maggior parte gesuiti, insigniti spesso di dignità vescovile e, sebbene per ragioni professionali, anche vicini agli ambienti della politica; certamente subiscono le influenze dell'*Aufklärung* tedesca e non di rado disdegnano di assecondare posizioni dottrinali di chiara impronta episcopalistica; atteggiamenti ambigui che getteranno un'ombra sull'ortodossia dei loro insegnamenti².

La dottrina giuspubblicistica guadagnerà il proprio culmine scientifico, nel secolo successivo, con la Scuola Romana di Soglia, Tarquini, Cavagnis – e, poi, nel secolo XX con Ottaviani – nel cui contesto si consacrerà, definitivamente, come *Grundnorm*, la concezione basilare del *jus publicum ecclesiasticum* secondo cui la Chiesa sarebbe una *societas iuridice perfecta*, al pari della *Respublica civilis*. Ancora alle soglie del Concilio Vaticano II è viva quest'immagine di Chiesa elaborata dai giuspubblicisti, che sintetizza il programma apologetico di questa singolare disciplina e che lascerà, però, il posto alle più mature riflessioni di natura «costituzionalistica» sulla più complessa rappresentazione della Chiesa come Popolo di Dio.

² JOSEPH LISTL, *Kirche und Staat in der neueren katholischen Kirchenrechtswissenschaft*, Duncker & Humblot, Berlin, p. 88. Sulla Scuola di Würzburg si veda anche l'ultimo lavoro di CARLO FANTAPPPIÉ, *Chiesa romana e modernità giuridica*, T. 1, Giuffrè, Milano 2008, pp. 65-83.

Terra di confine tra il diritto canonico e la teologia apologetica, tale disciplina prenderà, progressivamente, il nome di *jus publicum ecclesiasticum*, a dimostrazione della non trascurabile connessione esistente con la consolidata diffusione della disciplina del *jus publicum* nel contesto della giurisprudenza secolare tedesca³.

Non tutte le prime opere che veicolano tali nuovi insegnamenti sono, ad ogni modo, identificabili come appartenenti alla corrente del *jus publicum ecclesiasticum* solo perché così intitolate⁴. La consapevolezza di innovare il

³ Sulla genesi della scienza del *jus publicum ecclesiasticum* si veda la ricostruzione di JOSEPH LISTL, *Kirche und Staat*, cit. p. 13. Nella formulazione dell'espressione *jus publicum ecclesiasticum* il termine *ecclesiasticum*, utilizzato al posto di *canonicum*, affiancandosi a *jus publicum* viene ad indicare, in modo esclusivo ed inconfutabile, il vero *jus (publicum) quod spectat ad Ecclesiam Catholicam*, esposto però con metodo apologetico, per distinguersi dal *jus ecclesiasticum seu canonicum publicum*, che insieme al *privatum* continua ad essere esposto nella tradizionale forma della *Schola Textus*. Per una laboriosa definizione delle varie discipline che gravitano nell'orbita del *jus canonicum*, con particolare attenzione alla distinzione di oggetto formale e materiale, si vedano alcuni lavori di EMILIO FOGLIASSO, *L'enciclica Ecclesiam Suam e la scienza del Ius Publicum Ecclesiasticum*, in *Salesianum*, anno XXVI, 1964, p. 555-557; *Il Codice di Diritto canonico e il Ius Publicum Ecclesiasticum*, in *Salesianum* anno VI, 1944, pp. 9-11; *Pio XII e il Ius Publicum Ecclesiasticum*, in *Salesianum* anno XXI, 1959, pp. 408-410 e nota n. 15 p. 412; e ancor più analiticamente *Il Ius Publicum Ecclesiasticum e il Ius Constitutionale Ecclesiae*, in *Salesianum* anno XXVII, 1965, pp. 431-433; *Efficienza formativa del Diritto Pubblico Ecclesiastico*, in *Salesianum* anno X, 1948, pp. 216-217. Nel tratteggiare i contorni della nascita della scienza del *jus publicum ecclesiasticum* ciò che all'Autore preme di evidenziare è, soprattutto, che l'uso del termine *publicum* affiancato ad *ecclesiasticum* non derivi dall'applicare, automaticamente, anche al diritto della Chiesa la classica distinzione ulpiana in *publicum* e *privatum*: difatti non nasce una scienza parallela del *jus Privatum Ecclesiasticum*. Si tratta semmai di dirigere le crescenti attenzioni scientifiche della cultura giuridica sei-settecentesca per il *jus publicum* anche in direzione del diritto della Chiesa, come accade per lo Stato, utilizzando, però, dei toni apologetici in risposta agli *errores* teologico-giuridici di protestanti, tra i quali, appunto, risalta la negazione dell'esistenza di un *jus publicum* che riguardi l'ordinamento giuridico ecclesiale.

Il dibattito sulla dialettica tra pubblico e privato nel diritto canonico giunge sino ai nostri tempi, per una sintesi si vedano fra tutti: PIO FEDELE, *Discorso generale sull'ordinamento canonico*, Padova, 1941; GIUSEPPE FORCHIELLI, *Il concetto di «pubblico» e «privato» nel diritto canonico*, in *Studi in onore di C. Calisse*, II, Milano, 1940, pp. 485-555 e GAETANO LO CASTRO, «Pubblico» e «privato» nel diritto canonico, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1, 1995, p. 110 e ss.

⁴ Una delle prime, se non addirittura la prima che presenta tale allocuzione è quella di JOHANN FRANZ BESSEL, *Dissertationes ad jus publicum Romano-Ecclesiasticum*, (*Collectae ex jure Divino, Canonico et Civili tum publicum tum privatum*), Erfordiae, 1714. Cfr. JOHANN FRIEDERICH VON SCHULTE, *Die Geschichte der Quellen und Literatur des Canonischen Rechts*, Verlag von Ferdinand Enke, Stuttgart, 1880, vol. III, 1, par. 130, p. 190-191. Ma il merito dell'A., oltre ad aver probabilmente inaugurato l'uso di tale binomio, è anche quello di aver fornito una elaborata definizione di cosa sia il *jus publicum ecclesiasticum*, che fa riferimento all'oggetto materiale della novella disciplina ed, indirettamente, alle sue fonti di cognizione, JOHANN FRANZ BESSEL, *Dissertationes ad jus publicum-romanum-ecclesiasticum*, cit., *Prolegomena*, p. 3: «Definiri potest Jus Publicum Ecclesiasticum quod sit ordinatio rationis immediate in bonum commune publicum totius Ecclesiae ab ejusdem Supremo capite promulgata (...)». Sulle possibili definizioni del *jus publicum ecclesiasticum* si veda il saggio di ALBERTO DE LA HERA - CHARLES MUNIER, *Le droit public ecclésiastique a travers ses définitions*, in *Revue de droit canonique*, n. 1, 1964, pp. 32-63.

tradizionale sistema di studio del diritto canonico, sotto il profilo dell'oggetto formale e materiale, è certamente progressiva nelle intenzioni dei maestri di Würzburg. L'adozione di una specifica ed autonoma terminologia rappresenta una sorta di traguardo finale di un percorso che la scienza del *jus publicum ecclesiasticum* compie lungo due secoli, e non di certo il punto iniziale di una matura consapevolezza.

Il sovvertimento operato dalla Riforma nel delicato equilibrio del sistema di relazioni tra Stato e Chiesa, che fino a quel momento rappresenta il nucleo della *Christianitas* medievale, determina un'insopprimibile esigenza di rispondere alle teorie dei giuristi e teologi protestanti miranti a scardinare le basi della dottrina cattolica.

La nuova disciplina nasce, quindi, in un primo tempo caratterizzata da una non trascurabile connotazione apologetica che diventa il comune denominatore dei trattati di *jus publicum ecclesiasticum*, individuabili e qualificabili come tali, soprattutto, sulla base di questa caratteristica dominante.

Pur manifestandosi attraverso modulazioni espressive più o meno esplicite, in tutti gli autori di *jus publicum ecclesiasticum* è forte l'esigenza di porsi in confronto dialettico con i protestanti⁵, le cui opere, già da tempo in circolazione, rischiano di produrre danni gravissimi alla religione cattolica, compromettendo le basi della formazione scientifica di coloro i quali si accostano allo studio del *jus ecclesiasticum*⁶.

Sarebbe, però, gravemente riduttivo classificare il *jus publicum ecclesiasti-*

⁵ Ma va evidenziato un atteggiamento decisamente contraddittorio, rispetto alla predominante posizione dialettico-apologetica, che accomuna alcuni rappresentanti del *jus publicum ecclesiasticum*: non è raro, infatti, imbattersi, nelle opere dei giuspubblicisti cattolici, in alcuni richiami riverenti ai contributi dottrinali eruditi dei *Doctores Protestantés*. Una testimonianza di tale attenzione nei confronti delle posizioni avversarie è offerta, ad esempio, da GREGOR ZALLWEIN, *Principia iuris ecclesiastici universalis, sumptibus Josephi Wolff, Augustae Vindelicorum et Oeniponti 1763*, T. I, *Praefatio*, par. XII: «*Ex Doctoribus Protestantibus, quorum libros mihi usum praebuisse praestantissimum libere fateor, praeter plures alios selegi Bobemerum, Moshemium et Pfaffium, (...)*». Zallwein (1712-1766) benedettino, professore di diritto canonico prima, e poi Rettore dell'Università di Salisburgo, è considerato uno dei più importanti esponenti del *jus publicum ecclesiasticum*, ma anche tra gli episcopalisti più moderati per i suoi interventi a favore dei diritti e delle libertà del Vescovo di Salisburgo. JOHANN FRIEDERICH VON SCHULTE, *Die Geschichte der Quellen, cit.*, vol. III/1, par. 219, p. 156 e voce *Georg Zallwein*, in *Kirchenlexikon*, a cura di WOLFGANG WINHARD, Band XVI (1998) Spalten 336-339.

⁶ Sempre in tema si veda JOSEPH LISTL, *Kirche und Staat, cit.*, p. 12, il quale attribuisce a Carpzov il merito di aver inaugurato la nuova scienza del diritto ecclesiastico, identificata per l'appunto dal binomio *jus canonicum - jus ecclesiasticum*, ed indicante il sistema completo del diritto delle chiese evangeliche, per buona parte di provenienza secolare. Negli ambienti delle università tedesche, in particolar modo di Ingolstadt e di Würzburg, il metodo utilizzato da Carpzov viene accolto anche da alcuni canonisti che si fanno promotori del mutamento nominale da *jus canonicum* a *jus ecclesiasticum* anche per indicare il diritto della Chiesa di Roma. Ed in questa circostanza si possono intravedere le origini, per così dire, terminologiche di quelle elaborazioni dottrinali che confluiranno nell'autonoma disciplina del *jus publicum ecclesiasticum*.

cum come mera elaborazione dottrinale di carattere apologetico.

Progressivamente, infatti, da polemica transitoria, vincolata ad un preciso presupposto storico-culturale, la tendenza apologetica va traducendosi in un accurato metodo sistematico⁷.

2. La peculiarità di una scienza apologetica al confine tra diritto e teologia

Tra gli autori che coltivano e promuovono lo studio del *jus publicum ecclesiasticum* uno dei più scrupolosi nel dichiarare le intenzioni apologetiche che pervadono la propria opera è Zallwein, il quale si preoccupa del rischio di una formazione corrotta dei giovani «*periculo seductionis*»⁸ ad opera di «*principia et dogmata (...) nostrae Religionis summopere nociva*»⁹ e, avvertendo di vivere «*tempora, periculosa, Religionis Catholicae et Christianae extremam ruinam miniantia*»¹⁰, teme gli effetti di un «veleno occulto», occulto perché nascosto da una forma espositiva elegante¹¹, che provocherebbe il degenerare della religione cattolica in «*naturalismum, libertinismum, indifferentismum, aut omnino deismum (...)*»¹².

Ma la preoccupazione dell'Autore che genera lo slancio apologetico è di duplice natura, teologica e giuridica al tempo stesso; difatti la pericolosità delle idee degli autori protestanti si dirige, con la medesima intensità, sia verso il patrimonio dogmatico della fede cattolica, sia verso l'impalcatura giuridica a questo intimamente connessa, che fanno della Chiesa Cattolica una realtà complessa leggibile con gli strumenti del diritto e della teologia.

Zallwein nella *Praefatio* ai suoi *Principia* ricorda quanto, e sotto quali profili, i Protestanti nuocciano alla Chiesa di Roma¹³.

In questa breve ma densa affermazione ci pare di cogliere tutta la preoccupazione dell'Autore «*in defendendis juris et praerogativis Ecclesiae*»¹⁴, che

⁷ Sul punto si vedano le considerazioni critiche di EMILIO FOGLIASSO, *Il compito apologetico del ius publicum ecclesiasticum*, in *Salesianum*, VII, 1945, pp 49 e ss.

⁸ GREGOR ZALLWEIN, *Principia iuris ecclesiastici*, cit., T. I, *Praefatio*, p. XI.

⁹ GREGOR ZALLWEIN, *Principia iuris ecclesiastici*, cit., T. I *Praefatio*, p. XI.

¹⁰ GREGOR ZALLWEIN, *Principia iuris ecclesiastici*, cit. T. I, *Praefatio*, p. XII.

¹¹ GREGOR ZALLWEIN, *Principia iuris ecclesiastici*, cit., T. I, *Praefatio*, p. XII.

¹² GREGOR ZALLWEIN, *Principia iuris ecclesiastici*, cit., T. I, *Praefatio*, p. XII.

¹³ GREGOR ZALLWEIN, *Principia iuris ecclesiastici*, cit., T. I, *Praefatio*, p. XIV e p. XVI: «*Quantopere vero Protestantes nostrae Religionis Ecclesiae et Reipublicae Catholico-politicae suo studio noceant, quis sufficienter narrare sufficiat?*».

¹⁴ GREGOR ZALLWEIN, *Principia iuris ecclesiastici*, cit., T. I, *Praefatio* p. XIV.

si accompagna, costantemente, a quella finalizzata a preservare il patrimonio dottrinale ortodosso.

Sulla stessa scia di Zallwein, anche Barthel, uno dei massimi esponenti della letteratura giuspubblicista del settecento, colloca nel sedicesimo secolo l'inizio degli attacchi alla Chiesa Cattolica, riferendosi esplicitamente alla Riforma protestante, e precisando che le «*multae falsitates*»¹⁵ insegnate dai *doctores* protestanti vengono dirette verso un duplice obiettivo: «(...) *materia fidei* (...) *materia exterioris disciplinae aut politiae* (...)»¹⁶.

Non meno esplicito nel descrivere il panorama drammatico della situazione in cui versa la dottrina cattolica, attaccata in ogni ambito dell'arte e della cultura, è anche Zallinger, che con apprezzabile puntualità elenca gli aspetti salienti degli *errores protestantium*¹⁷.

Diventa, quindi, quasi inevitabile per i canonisti cattolici indirizzare i loro studi nell'ottica della difesa dei principi ortodossi, riproposti impostando le loro trattazioni sulla base di un confronto diretto alla confutazione puntuale delle teorie protestanti.

Il confronto *ad hominem*¹⁸ accende gli animi di questi studiosi che, non di rado, indulgono in espressioni decisamente poco appropriate ad una trattazione di carattere scientifico, ma che fanno di questi trattati delle letture assai originali, testimonianza, oltretutto, di uno stile letterario inusitato per

¹⁵ LUDWIG ENGEL, *Annotationes in Proemio*, in JOHANN CASPAR BARTHEL, *Annotationes ad universum Jus Canonicum, compilatae in collegiis privatis... Caspari Barthel*, Coloniae, Francofurti, 1757, p. 1. Per le informazioni biografiche su Engel si veda JOHANN FRIEDERICH VON SCHULTE, *Die Geschichte der Quellen*, cit., vol. III/1, par. 53, p. 150-151.

¹⁶ LUDWIG ENGEL, *Annotationes in Proemio* in JOHANN CASPAR BARTHEL, *Annotationes ad universum Jus Canonicum*, cit., p. 1.

¹⁷ JAKOB ANTON VON ZALLINGER, *Institutionum Iuris naturalis et ecclesiastici publici*, sumptibus Matthaei Rieger, Augustae Vindelicorum, 1784, *Praefatio*: «*Haec perversi animi sensa atque a pietate remota penitus, haec inverecundi commenta ingenii, impiaeque in sacrosanctam Religionem atque Ecclesiam coniecta convicia innumerabilibus scriptis, libellisque, et opusculis, imaginibus quoque ac contibus disseminant, quodque dolendum est maxime, impune libereque disseminant (...) tot enim in ea tractatione docent artes detrahendi de officiis Religionis, negligendique pietatis studia, tot vias ostendunt subterfugendi Ecclesiae iudicia, eludendi sacras leges, legumque et iudiciorum vim declinandi, tot suggerunt rationes, methodice, ut ita dicam, enervandi efficacitatem hierarchicae potestatis, ut ea aut nulla esse videatur, aut in manibus politicorum magistratuum requirenda*». Jakob Anton von Thurn von Zallinger (1735-1813), gesuita, si interessa non solo di diritto canonico e di diritto naturale, ma anche di filosofia, difendendo la tradizionale metafisica contro le teorie kantiane. JOHANN FRIEDERICH VON SCHULTE, *Die Geschichte der Quellen*, cit., vol. III/1, par. 197, p. 250. Listl lo considera, insieme ad Anton Schmidt, come il più ortodosso tra i rappresentanti della scienza del *jus publicum ecclesiasticum*. JOSEPH LISTL, *Kirche und Staat*, cit., p. 91.

¹⁸ «(...) *argumentum quasi ad hominem ex iis principiis protestanticis desumptum*», GREGOR ZALLWEIN, *Principia iuris ecclesiastici*, cit., T. IV, cap. IV, *Systemata et dogma Catholicorum contra Protestantem defenditur*, par. IX, p. 96.

dei trattati scientifici. Tra i molti si tragga ad esempio l'afflato apologetico che anima Endres, uno dei maggiori rappresentanti del *jus publicum ecclesiasticum*, il quale nel descrivere l'atteggiamento che i giuristi cattolici devono tenere nei riguardi dei dottori protestanti indulge in espressioni colorite e, certamente, poco consone ad un linguaggio scientifico come «*clypeum erigere*»¹⁹.

Una prima analisi delle opere di *jus publicum ecclesiasticum* rivela come queste si contraddistinguano, quindi, per essere pervase da un marcato fine apologetico e per l'uso di un metodo letterario appropriato al fine che si intende perseguire, metodo che denota non poche affinità con quello controversistico: ad ogni proposizione avversaria si contrappone, infatti, la corrispondente dottrina ortodossa, sostenuta, il più delle volte, da una copiosa elencazione di dotte citazioni al fine di avvalorare le proprie tesi²⁰.

Poiché il *jus publicum ecclesiasticum* si presenta come una disciplina innovativa, che si inserisce nel tradizionale panorama degli studi canonistici condotti *secundum ordinem Decretalium*, sarà utile individuare quali siano i profili metodologici che ne caratterizzano il percorso evolutivo, qualificandola come una branca autonoma, nel contesto della scienza canonistica, dotata quindi di un proprio oggetto formale e di un peculiare oggetto materiale

3. La questione del metodo nell'analisi dei trattati di jus publicum ecclesiasticum

Il *jus publicum ecclesiasticum* nasce e si sviluppa differenziandosi dalla tradizionale scienza canonistica, ancora fortemente confinata negli angusti limiti dell'esegesi decretalistica, così come della riflessione teologica, nonostante si registri dalla seconda metà del Cinquecento una progressiva affermazione di

¹⁹ Vedi JOHANN NEPOMUK ENDRES, *Dissertatio canonica de necessario jurisprudentiae naturalis cum ecclesiastica nexu et illius in hac usu*, Würzburg, 1761, cap. I, par. XX, p. 17; l'edizione citata si trova in PHILIP ANTON SCHMIDT, *Thesaurus juris ecclesiastici potissimum germanici sive Dissertationes selectae in ius ecclesiasticum: quas iuxta seriem institutionum eiusdem iuris a se editarum in ordinem digessit, illustr...* A. S., sumptibus Tobiae Goebhardt, Heidelbergae, Bambergae et Wirceburgi, 1772-1779. Johan Nepomuk Endres (1731-1791) studia a Würzburg, sotto la guida di Barthel del quale diventa il più brillante discepolo, e dopo la morte del maestro prenderà il suo posto come insegnante di diritto canonico nella stessa università. Cfr. JOHANN FRIEDERICH VON SCHULTE, *Die Geschichte der Quellen, cit.*, vol. III/1, par. 191, p. 244; e il già citato GREGOR ZALLWEIN, *Principia iuris ecclesiastici, cit.*, *Praefatio*, p. IV che nelle invocazioni precedenti la stesura della sua opera adopera le seguenti ridondanti espressioni: «(...) omnesque apices et syllabas submitto, subjicio, et subjectas volo, corripere, emendare, et delere paratus, quidquid emendandum, corrigendum, delendumque duxeris, paratus pro veritate Religionis Catholicae mortem appetire, sanguinem fundere, mori».

²⁰ Bender, giuspubblicista del Ventesimo secolo, sottolinea come la disciplina del *jus publicum ecclesiasticum* sia «*proxima scientiae apologeticae eique multum servire potest*». Così LUDWIG BENDER, *Ius publicum ecclesiasticum*, Bussum, Brand, 1948, *Praefatio*, p. 6.

metodi e scuole innovativi rispetto al passato. Il clima culturale di quell'epoca è, infatti, contrassegnato da una crescente attenzione per gli scambi di metodi di studio e tecniche espositive, tra discipline diverse, che incide anche sul diritto canonico²¹.

La disciplina del *jus publicum ecclesiasticum* si contraddistingue non solo per la natura selezionata degli argomenti esaminati con spirito controversistico, ma, soprattutto, per il ricorso ad un metodo innovativo, almeno nelle ambizioni dei suoi ideatori, in grado di traghettare il diritto della Chiesa nel contesto moderno del *jus publicum universale*²², che costituirà il fertile terreno di coltura della futura scienza costituzionalistica europea²³.

La formazione storica del diritto canonico si caratterizza da una parte per il costante rapporto di reciproca influenza intercorso con il diritto secolare e, dall'altra, per la progressiva affermazione di una chiara autonomia dell'ordinamento giuridico canonico. Con il *jus publicum ecclesiasticum*, forse, si raggiunge un livello di comparazione tra *Ecclesia* e *Respublica* mai osato fin a quel momento.

La singolarità della nuova disciplina consiste, per l'appunto, nell'aver come oggetto di studio lo Stato, sebbene in via strumentale, per poter, di

²¹ Gli sviluppi della scienza canonistica precedenti la nascita del *jus publicum ecclesiasticum* si contraddistinguono per l'affermarsi di metodi nuovi di approccio al *jus canonicum*. Il metodo sistematico, che trova il suo paradigma nelle *Institutiones* (1563) del Lancellotti, e nei trattati dei suoi seguaci – tra i molti il tedesco Kanijs, il francese Fleury e l'italiano Devoti – tende ad istituire una sorta di parallelismo tra *Corpus Juris Civilis* giustiniano e *Corpus Juris Canonici*. Accanto alla copiosa produzione di manuali e commentari esegetici si collocano anche opere canonistiche di carattere ibrido, esempi del metodo cosiddetto «arbitrario» e, successivamente, opere che seguono il metodo «pirhingiano», e realizzano un armonioso compromesso tra il nuovo metodo sistematico ed il tradizionale ordine delle Decretali. Esponenti di spicco di tale corrente, identificata anche col nome di *jus ecclesiasticum universum*, sono Reiffenstül e Schmalzgrüber. Si veda CARLO FANTAPPIÈ, *Introduzione storica al diritto canonico*, Il Mulino, Bologna, 2003, pp. 176-180.

²² Sul diritto pubblico universale si veda il classico di JOHANN CASPAR BLUNTSCHLI, *Allgemeines Statsrechts*, J. C. Cotta, München, 1868, parte I, in particolare cap. IV, *Allgemeines und besonderes Statsrecht*, pp. 9-11 e la parte II, il libro IX, *Von der Culturpflege des Stats*, dedicata ai rapporti con il fenomeno religioso, dove chiaramente si afferma che non può esistere altra fonte del diritto pubblico che non sia lo Stato. JOHANN CASPAR BLUNTSCHLI, *Allgemeines Statsrechts*, cap. V, *Verhältnisz des Stats zur Kirche*, p. 316: «Der Stat nimmt alle eigentliche Souveränität, und damit alle äusserlich zwingende Gewalt ausschliesslich für sich in Anspruch. Gesetzgebung, Regierung, Gericht sind ihrer Natur nach Statsfunctionen». Posizione, quest'ultima, diametralmente difforme da quella vigorosamente difesa dai rappresentanti del *jus publicum ecclesiasticum*, contro la diffusione delle dottrine regalistiche che accompagnano la nascita dello Stato moderno.

²³ Fogliasso individua in alcuni sintetici punti le caratteristiche metodologiche più rilevanti della scienza del *jus publicum ecclesiasticum*: «maggiore organicità di esposizione dei diritti fondamentali della Chiesa»; «esposizione ragionata dei medesimi»; «immediata preoccupazione di difesa contro le arbitrarie statali»; «posizione, quest'ultima, diametralmente difforme dalla tesi fondamentale della *societas iuridice perfecta*. EMILIO FOGLIASSO, *Il Codice di diritto canonico e il «Jus publicum ecclesiasticum»*, cit., p. 15.

conseguenza, sviluppare comparativamente, e in modo sistematico, il tema del carattere di società giuridica della Chiesa e dei suoi poteri²⁴. Sarà, poi, il concetto tecnico di *societas iuridice perfecta* a consentire di indicare gli aspetti comuni alle due società, quella temporale e quella spirituale²⁵.

I professori di *jus publicum ecclesiasticum* superano il limitativo contesto dell'esame di un singolo istituto per offrire un più ampio confronto tra sistemi costituzionali e, quindi, tra norme di natura fondamentale, nel tentativo di confutare il consolidato pregiudizio della incommensurabilità tra sistemi giuridici assolutamente eterogenei, ovvero quello canonico e quello secolare, muovendo, ad esempio, dalla possibilità di operare una comune distinzione in diritto pubblico e privato²⁶.

L'occasione di muoversi antagonisticamente nei confronti delle affermazioni di derivazione protestante e regalistica offre, ai canonisti più sensibili, l'opportunità di misurarsi su un terreno inesplorato, sotto il profilo della tecnica giuridica così come dei contenuti, ovvero quello dell'analisi «costituzionalistica». Le virgolette sono d'obbligo per ricordare come sia temporalmente prematuro utilizzare tale terminologia, ed, inoltre, per giustificare l'impiego di un simbolo linguistico del tutto svincolato dalle abituali condizioni d'uso. I giuspubblicisti tedeschi inaugurano la stagione del diritto costituzionale canonico anche se non si può dire che le loro dottrine possano esser ricondotte al contesto culturale del costituzionalismo europeo.

Proprio contemporaneamente alla nascita del *jus publicum ecclesiasticum*, la scienza giuridica secolare si avvia ad elaborare i nuovi temi costituzionali suggeriti dalle vicende politiche originate dalla contrapposizione tra le prerogative degli Stati assoluti e l'incremento delle pretese libertarie rivendicate dalla base sociale, scontri che sfoceranno nelle rivoluzioni americana e francese. Che nel *jus publicum ecclesiasticum* si dibatta di temi di tipo costituzionalistico è, infatti,

²⁴ PEDRO LOMBARDÍA, *Le Droit Public Ecclésiastique selon Vatican II*, in *Apollinaris*, anno XL, 1967, n. 1-4, in particolare pp. 64-65. L'Autore trova conferma di tale idea proprio nell'ecclesiologia bellarminiana, fondamentale ispirazione per i giuspubblicisti cattolici, incentrata sull'idea di un potere centrale forte e di un principe unico, che rappresentano il cuore della teoria dello Stato. Ma l'attitudine dei maestri di *jus publicum ecclesiasticum* è, però, quella di impiegare il termine Stato in troppo senso generico, cioè come organizzazione politica della società temporale, indipendentemente da una realistica prospettiva storica. Nei manuali di *jus publicum ecclesiasticum*, infatti, il termine Stato viene adoperato indistintamente per indicare qualunque struttura politica dell'antichità, dal regno medievale allo Stato rinascimentale assoluto.

²⁵ PEDRO LOMBARDÍA, *Le Droit Public Ecclésiastique selon Vatican II*, *cit.*, p. 67.

²⁶ JOSEPH LISTL, *Kirche und Staat*, *cit.*, pp. 42-45. In sintesi l'A. tenta di individuare il nucleo della disciplina del *jus publicum ecclesiasticum* proprio nella ricerca, condotta dai giuspubblicisti tedeschi, di rinvenire un comune denominatore al diritto canonico ed a quello secolare che consenta un confronto tra i due sistemi giuridici.

un giudizio *a posteriori* che richiede molta cautela, in virtù della particolare accezione politica che il termine costituzionalismo possiede. Infatti sarebbe più opportuno affermare che i giuspubblicisti, più o meno consapevolmente, sperimentano la tecnica costituzionalistica ma solo come tecnica espositiva, alla base della quale non si colloca la relazione dialettica Stato-Popolo che, invece, ispira il costituzionalismo secolare.

* * *

Il contesto culturale in cui si colloca la nascita di questa speciale disciplina è caratterizzato dall'esigenza, sempre più diffusamente avvertita, di discostarsi dagli ormai vetusti schemi del *jus decretalium seu pontificium*, all'interno dei quali veniva identificato il diritto della Chiesa Cattolica.

Il nuovo obiettivo che si prefissano alcuni canonisti è, infatti, quello di ricercare forme più nuove di esposizione della materia, magari, per certi aspetti, meglio compatibili con il livello di complessità raggiunto ormai dalle fonti, e dall'altra più facilmente comparabili con la vicina esperienza giuridica secolare, che vive in quegli anni un momento di notevole vitalità scientifica, proprio come era accaduto pochi secoli prima per l'elaborazione del *Corpus Juris Canonici*.

Lo sviluppo della scienza giuridica secolare e l'influenza della cultura umanistica lambiscono, inevitabilmente, anche il diritto canonico. È, infatti, già iniziata da tempo la progressiva emancipazione dalle collezioni di *Decretales*, alla ricerca di una maggiore autonomia nella trattazione delle materie, secondo il criterio logico, nella selezione degli argomenti da trattare, piuttosto che il tradizionale sistema *secundum ordinem Decretalium*.

La letteratura canonistica post-tridentina, pur rimanendo sostanzialmente ancorata ai tradizionali sistemi di trattazione canonistica, si caratterizza anche per l'affermazione del cosiddetto «metodo culto»; orientato alla critica storico-filologica dei testi utilizzati viene denominato anche *mos gallicus*²⁷, pur essendo in larga parte di origine italiana, per differenziarsi dall'ancora insuperato *mos italicus*, che tende ancora a riprodurre modelli e metodi propri della letteratura del *jus commune*²⁸.

In forza di una rinnovata comparazione con il *jus civile* già dalla seconda metà del cinquecento cominciano a diffondersi delle *Institutiones*, conformi

²⁷ MANLIO BELLOMO, *L'Europa del diritto comune*, Il Cigno Galilei edizioni di arte e scienza, Roma, 1991, V ed., cap. VII, par. 3, pp. 220-223.

²⁸ MANLIO BELLOMO, *L'Europa del diritto comune, cit.*, cap. VIII, par. 9, pp. 235-237.

nell'impostazione a quelle giustiniane, che, pur non provocando il cedimento del tradizionale sistema, rappresentano, comunque, la concretizzazione di una nascente esigenza di organica sistematicità, non più soddisfatta dalle raccolte di *Decretales* e dai corrispondenti commenti esegetici, esigenza che troverà, solo qualche secolo più tardi, nell'elaborazione codicistica, la sua piena realizzazione²⁹.

Sebbene scrivano quasi due secoli dopo l'inizio di queste trasformazioni, operate nel contesto del metodo tradizionale del diritto canonico, i giuristi continuavano ad interessare giustificate critiche alla sistematica delle *Decretales*³⁰, dove trovano che non vi sia nessun ordine accurato e nessuna coerenza nella trattazione della materia³¹. L'auspicio condiviso dai maestri di Würzburg è che gli studiosi di *jus ecclesiasticum seu canonicum* possano predisporre una via, più breve e più facilmente percorribile, che consenta loro di trattare le materie di pertinenza, distinguendo il *jus pontificum*, che «*a plerisque explicatur*»³², da quello *mere canonicum seu ecclesiasticum* che «*passim negligitur*»³³. La soluzione metodologica viene individuata nel modello di

²⁹ ADRIANO BERNAREGGI, *Metodi e sistemi delle antiche Collezioni e del nuovo Codice di diritto canonico*, in *La Scuola Cattolica*, anno XLVIII, 1920, vol. XVIII, pp. 131-133 e nota n. 1 e CARLO FANTAPPIÈ, *Introduzione storica al diritto canonico*, cit., 177. Vedi retro nota n. 20.

³⁰ Dietro l'opzione metodologica si cela l'intenzione, più o meno consapevole, di non occuparsi più di *jus pontificum*, ma piuttosto del vero «*jus canonicum seu ecclesiasticum*», a parere dei giuristi, maggiormente utile e necessario per il «*Systema religionis et ecclesiae*». Cfr. GREGOR ZALLWEIN, *Principia iuris ecclesiastici*, cit., T. II, Q. IV, *De auctoritate, usu et studio juris ecclesiastici*, cit., cap. II, par. VI, *De studio jurisprudentiae Eccl. quoad methodum docentium*, pp. 403-405. Si riporta per intero il paragrafo in cui l'A. con dovizia di particolari introduce il lettore ai contenuti formali e materiali del *jus ecclesiasticum*: «(...) *Scriptores et Doctores Juris Ecclesiastici vel secundum methodum et ordinem Decretalium vel methodum naturalem et arbitrariam procedere soleant. Varii Scriptores varia excogitarunt Systemata secundum quae explicandum foret Jus Ecclesiasticum (...) Secundum nostram opinionem Ordo pertractandarum materiarum hic sit: incipiendum a Prolegomenis Juris ecclesiastici, atque in his praeprimis natura, definitio, divisio, objectum, ac finis Juris Ecclesiastici explanari (...) postea explicandum est Systema Ecclesiae Catholicae (...). Tum procedendum ad prima fundamenta seu fontes originarios Juris. Ab his deflectendum ad historiam Juris Ecclesiastici et collectiones illius antiquas, novas et novissimas, tam universales, quam etiam particulares nostrae Germaniae. His explanatis auctoritas et usus J. E. exponeri debet, ac demum methodus tradenda, ubi vel maxime se offert occasio agendi de illius praecognitis at subditis ac variis disciplinis (...). His ita peractis interest an quis ordinem Decretalium sequi an methodum naturalem et arbitrariam seligere velit: si primum filium porriget ipsum CIC. Si alterum: si agat de personis ecclesiasticis, tunc per omnes gradus Hierarchiae ecclesiasticae (...) et agendum de Pontifice, Conciliis, Episcopis ecc., de modis aquirendi Praelaturas, de juribus praerogativis illorum et si de rebus etiam in sensu latissimo venit (... Sacramenta, ritus, Ecclesiae, Monasteria, Cappellae, Sepulturae)».*

³¹ GREGOR ZALLWEIN, *Principia iuris ecclesiastici*, cit., T. II, Q. IV, *De auctoritate, usu et studio J. E.*, cap. II, *De studio jurisprudentiae Ecclesiasticae quoad methodum docentium*, par. III, p. 401.

³² GREGOR ZALLWEIN, *Principia iuris ecclesiastici*, cit., T. II, Q. IV, *De auctoritate, usu et studio J. E.*, cap. II, *De studio jurisprudentiae Ecclesiasticae quoad methodum docentium*, par. III, p. 402.

³³ GREGOR ZALLWEIN, *Principia iuris ecclesiastici*, cit., T. II, Q. IV, *De auctoritate, usu et studio J. E.*, cap. II, *De studio jurisprudentiae Ecclesiasticae quoad methodum docentium*, par. III, p. 402.

Institutiones, elaborato dal Lancellotti, «*ad instar Institutionum Juris Civilis*»³⁴. Tra i giuspubblicisti Barthel³⁵ è quello che più di tutti avverte l'esigenza di affiancare il metodo tradizionale scolastico con una nuova attenzione per lo stile della Curia Romana e la prassi giudiziaria³⁶.

Zallwein fornisce anche alcune interessanti indicazioni circa gli «ideatori» del nuovo sistema di trattazione, tra i quali figura il nome di Ickstatt, importante canonista cui si debbono alcune utili informazioni sul metodo della scienza del *jus publicum ecclesiasticum*³⁷.

Sulla stessa scia di Zallwein si muove anche Neller³⁸, che invita il lettore a

³⁴ GREGOR ZALLWEIN, *Principia iuris ecclesiastici*, cit., T. II, Q. IV, *De autoritate, usu et studio J. E.*, cap. II, *De studio jurisprudentiae Ecclesiasticae quoad methodum docentium*, par. III, p. 401. Sulla necessità di un nuovo metodo di trattazione del *jus ecclesiasticum seu canonicum*, che possa superare gli schemi obsoleti delle antiche collezioni di Decretali, scrive anche il canonista-teologo gesuita Philip Anton Schmidt (1734-1805), che cita il modello delle *Institutiones* come soluzione possibile. Difatti la sua opera, considerata il primo trattato veramente ortodosso di *jus publicum ecclesiasticum*, si intitola proprio *Institutiones Juris Ecclesiastici Germaniae accomodatae, edidit in usum auditorum suorum Antonius Schmidt*, sumptibus Tobiae Goebhardt, Heidelbergae 1771, T. II, *Praefatio*, p. 2: «(...) Multa inprimis in hoc tomo occurrere forsitan videbuntur jam toties a Decretalisticis etiam antiquioribus scripta: id enim vero in materiis jam tot voluminibus pertractatis aliter esse non potuit: at si ob eas solum Institutiones Juris Ecclesiastici novae concinnandae fuissent, antiquiora compendia usui adhuc sufficienti esse potuisse non diffiteor: quanquam et haec in aliud systema redacta fuerint, et persaepe ea adjecta illustrationis gratia quae in illis obvia non sunt». Di Schmidt si ricordano la finezza giuridica, la sensibilità scientifica ed il forte senso della storia. JOHANN FRIEDRICH VON SCHULTE, *Die Geschichte der Quellen*, cit., vol. III/1, par. 196, p. 248.

³⁵ Johann Caspar Barthel (1709-1771) è una delle figure più rappresentative della scienza del *jus publicum ecclesiasticum*; condivide il medesimo percorso formativo e professionale di molti suoi colleghi tra cui Ickstatt e Neller. Nella sua formazione scientifica importante si rivela l'influenza del cardinale Prospero Lambertini, che affianca quando è ancora segretario della *Congregatio Concilii*. Diventa docente di diritto canonico all'Università di Würzburg, ma viene accusato di sostenere tesi poco ortodosse sui rapporti tra la Chiesa e lo Stato e costretto dal cardinale Lambertini, divenuto Benedetto XIV, a ritrattare. Per le informazioni biografiche si veda JOHANN FRIEDRICH VON SCHULTE, *Die Geschichte der Quellen*, cit., vol. III/1, par. 108, p. 183-185.

³⁶ JOSEPH LISTL, *Kirche und Staat*, cit., p. 15.

³⁷ «*Varii Scriptores varia excogitarunt Systemata secundum quae explicandum foret Jus Ecclesiasticum (Douiat – Ickstatt – Mabillonius – Senkenberg – Floerckius)*». GREGOR ZALLWEIN, *Principia iuris ecclesiastici*, cit., T. II, Q. IV, *De autoritate, usu et studio juris ecclesiastici*, cit., cap. II, par. VI, *De studio jurisprudentiae Eccl. quoad methodum docentium*, p. 404. Il percorso biografico di John Adam barone di Ickstatt (1702-1776) non si differenzia da quello degli altri giuspubblicisti: professore di diritto canonico a Würzburg, e poi Rettore dell'Università di Ingolstadt, con una predilezione, tipicamente illuministica, per gli studi matematici, fu anche insegnante del principe ereditario a Monaco, e, come molti suoi colleghi, ricevette richiami da parte dell'autorità ecclesiastica al fine di provare la correttezza dei propri insegnamenti in materia di fede, a seguito delle sue non celate simpatie episcopaliste. La sua opera più significativa per la comprensione del *jus publicum ecclesiasticum* è l'opuscolo *De studio iuris ordine atque methodo scientifica instituendo* inserito nei suoi *Opuscula iuridica varii argumenti*, Sumptibus Jo. Franc. Xaverii Crätz, Bibliopolae Acad. & Thomae Summer, Biblio. August., Ingolstadt et Augustae Vindelicorum, 1747. JOHANN FRIEDRICH VON SCHULTE, *Die Geschichte der Quellen*, cit., vol. III/1, par. 143, p. 206.

³⁸ Alcune interessanti elementi di comprensione sul passaggio dal tradizionale *jus canonicum* al *jus*

notare, senza celare una sottile vena critica, come molti canonisti, seguendo ancora l'ordine delle Decretali, trattino in modo promiscuo il diritto pubblico con quello privato³⁹; ed ancora come perfino dei pubblicisti «*profanti*» scrivano «*selectas de singulari argumento dissertationes*»⁴⁰, a scapito della purezza del metodo, per il quale egli ha inteso ispirarsi al Mascovio, uno dei primi pubblicisti che scrivono di *jus ecclesiasticum*, tenendo conto degli influssi che su questo vengono esercitati anche dalla realtà locale germanica⁴¹.

* * *

Questa considerazione di Neller consente di non tralasciare un particolare importante nel percorso di ricostruzione metodologica della disciplina del *jus publicum ecclesiasticum*, ossia quello riguardante la tendenza tipicamente

ecclesiasticum publicum, sotto il profilo del metodo di lavoro da utilizzare, Neller li fornisce nell'invitare i suoi discepoli a togliere il diritto della Chiesa «*a cineribus ac pulvere, quae illud superficialium Antecessorum caotica indigestaque institutio obstruit*». Egli precisa, inoltre le linee metodologiche lungo le quali si muove la sua opera: «*Studium iuris inchoare noli a Corpore Juris Canonici moderni, sed a S. Scriptura, Conciliis, Codicibus vetustis*» così GEORG CRISTOPH NELLER, *Principia iuris ecclesiastici*, riportato da EMILIO FOGLIASSO, *Efficienza formativa del Diritto Pubblico Ecclesiastico*, cit., p. 236, nota n. 63. È assai probabile che Fogliasso abbia visto una edizione diversa da quella citata in questa sede, ossia quella del 1746. Nell'edizione da me consultata, infatti, non ho rinvenuto tale informazione, ma semmai un invito a considerare solo il *Decretum* di Graziano come la parte del *Corpus Juris Canonici* in cui rinvenire notizie utili sul diritto pubblico della Chiesa: «*Veruntamen ad comparandam juris Ecclesiastici publici notitiam utilior est haec pars corporis canonici prae reliquis omnibus quia veterem disciplinam et systema Ecclesiae primaevum omnium optime exponit. Decretales et reliqua non pertingunt eo usque sed principiis recentioribus innituntur*». GEORG CRISTOPH NELLER, *Principia iuris publici ecclesiastici*, ex officina Viduae Knochii & J. Georg. Eslinger, Francofurti et Lipsiae 1756, cap. VIII, par. VII, p. 85.

³⁹ GEORG CRISTOPH NELLER, *Principia iuris ecclesiastici*, cit., *Introductio*, par. IV.

⁴⁰ GEORG CRISTOPH NELLER, *Principia iuris ecclesiastici*, cit., *Introductio*, par. IV.

⁴¹ GEORG CRISTOPH NELLER, *Principia iuris ecclesiastici*, cit., *Introductio*, par. IV. In un'altra opera di Neller – gli *Opuscula omnia juris ecclesiastici publici et civilis, historica, chronologica ac numismatica ante seorsim impressa, nunc collecta edidit* praefationem ac vitam b. auctoris praemisit Georgius Philipp. Christoph. Leuxner, impensis Antoni Ignatii Fischer, Augustae Trevirorum, 1787 – precisamente nell'introduzione, scritta con molta probabilità da un suo discepolo, Christoph Leuxener, è inserito un riferimento al cattolico Barthel, ritenuto l'iniziatore del metodo del *jus publicum ecclesiasticum*, anche se la sua opera è stata considerata di dubbia ortodossia. Così GEORG CRISTOPH NELLER, *Opuscula omnia juris ecclesiastici*, cit., *Introductio*, p. VI: «*(...) notumque sit, inter comprimis (...) fuisse, qui solidam illam juris ecclesiastici docendi, dicendique methodum, quam in Germaniae nostrae catholicae academiis tam feliciter deinceps exultam admiramur, introduxerit, adeo ut merito a magni Bartheli Herbipoli quem magistratum coluit, nostrique hic Trevis inchoata doctioe nova studii juris ecclesiastici in Germania efflorescentis epocha numeranda sit*». L'analisi dell'indice dell'opera rivela però che si tratta non di un trattato di *jus publicum ecclesiasticum* ma, piuttosto, di un prodotto delle nuove correnti metodologiche ibride che alternano l'ordine della Decretali ad una scelta più personale delle materie trattate da parte dell'autore.

settecentesca di operare una distinzione, all'interno dell'ordinamento giuridico canonico, tra il settore pubblico ed il privato, inaugurando una tendenza dottrinale che produrrà animati dibattiti sul tema, fino ai nostri giorni ancora in vivace fermento⁴².

La peculiare scienza giuspubblicistica nasce, infatti, dall'esigenza di introdurre questa dicotomia, strumentale alla parificazione dell'ordinamento della Chiesa con quello dello Stato, sulla quale si innesta l'analisi degli aspetti più marcatamente pubblicistici⁴³ della *Ecclesia Christi*. Che l'utilizzazione di questa visione dicotomica del *jus canonicum seu ecclesiasticum* sia opera dei giuspubblicisti è comunemente ammesso anche da autorevoli esponenti di altre scuole canonistiche, contemporanei dei maestri di Würzburg. Ad

⁴² Sulla dicotomica esposizione del *jus canonicum* in *publicum* e *privatum* come passaggio determinante nella formazione della scienza del *jus publicum ecclesiasticum* si vedano le riflessioni di ADRIANO BERNAREGGI, *Metodi e scuole, cit.*, II parte, p. 208. Sulla base di tali premesse l'Autore avanza anche l'ipotesi, peraltro abbastanza condivisibile, che il *jus publicum ecclesiasticum* altro non sia che una forma primitiva di diritto costituzionale canonico. Sulla dialettica tra pubblico e privato nel diritto canonico si veda *retro* par. 1 nota n. 3.

⁴³ Sensibili alle influenze provenienti dal pensiero giuridico secolare, alcune delle quali trasferite nell'esperienza canonistica, tutti i più importanti autori di *jus publicum ecclesiasticum* si fanno promotori della distinzione del *jus canonicum seu ecclesiasticum* in *publicum* e *privatum*, e, tranne in qualche caso per abbondanza di particolari, pressochè identica è la loro posizione in merito al contenuto sostanziale di entrambe le partizioni del *jus canonicum*, si veda ad esempio PHILIP ANTON SCHMIDT, *Institutiones iuris ecclesiastici, cit.*, cap. V, epoc. I, pp. 2-3: «*Cum Juris Ecclesiastici finis sit, Ecclesiae regimen, morum instructio et animarum salus: ipsius quoque erit, rite ordinare Ecclesiae statum tum publicum, eum nimirum, qui non concernit actiones singulorum, sed coetus hujus sacri jura communia, eorumque, qui coetui isti cum potestate sacra praesunt; limites item nexumque genuinum cum potestate profana: tum ipsas has privatorum causas et negotia animae salutem concernentia dirigere: inde aliud Jus Ecclesiasticum publicum aliud privatum*»; si veda inoltre JOHANN FRANZ BESSEL, *Dissertationes ad jus publicum Romano-Ecclesiasticum, cit.*, p. 1: «*Jus omnis quo utimur aut publicum aut privatum. Prius respicit felicitatem et ordinem Reipublicae in genere seu finem suum immediatum; posterius vero pro fine immediato habet commodum privatorum*»; JOHANN NEPOMUK ENDRES, *Dissertatio canonica de necessario, cit.*, cap. III, par. VIII, pp. 50-51: «*Eadem quoque divisio necessario in mentem revocanda est, ubi Juris Naturalis in Jure Ecclesiastico publico usus distinctus explicari intenditur: errore enim ac similitudine vobis neminem hic decipi velim, ut, audito Stato publico Ecclesiae, etiam soli Juri Naturae publico locum esse posse, existimet. Etiam in Statu Civili Privato Juris Naturae, quod privatum appellant usus non penitus exulat: idem igitur quin de Statu Ecclesiae Publico statuatur, nihil prohibet*»; ed ancora: *ivi*, par. XX, p. 64: «*Jus naturae privatum attendendum in negotiis Ecclesiae cum Republica profana*», *ivi*, par. XX, p. 64; sempre sul punto anche GREGOR ZALLWEIN, *Principia iuris ecclesiastici, cit.*, T. II, Q. IV, cap. II, par. VI, p. 404: «*Quantum ad ordinem materiarum tum pertractandarum, tum explicandarum, in id precipue attendendum erit, ut Jus Ecclesiasticum Genuinum, Sincerum, Verum et proprie tale et quidem tam publicum quam privatum universale et particulare explicemus (...)*»; JOHANN ADAM ICKSTATT, *De studio iuris ordine, cit.*, Cap. III, par. XXV e XXVI, p. 117: «*Jus canonicum, cujus notiones distinctas supra dedimus, est vel publicum vel privatum. Jus canonicum publicum sive ecclesiasticum statum ecclesiae, ejus regimen et jura adumbrat (...) Jus canonicum privatum leges complectitur, quibus status et officia tam sacra quam ritualia et caerimonialia, personarum ecclesiasticarum, earumque aequae ac laicorum jura et obligationes ratione rerum ecclesiasticarum, contractuum et delictorum determinantur*».

esempio, nel trattato di *Jus canonicum universum* Devoti, rappresentante del metodo sistematico delle *Institutiones*, dedica un capitolo alla distinzione del *jus ecclesiasticum* in *publicum* e *privatum*, citando Zallwein come riferimento dottrinale⁴⁴. Nel delineare brevemente l'oggetto materiale degli studi di *jus ecclesiasticum publicum et privatum*, che noi identifichiamo con quelli di *jus publicum ecclesiasticum*, Devoti ne evidenzia anche una caratteristica peculiare: l'attenzione per le consuetudini locali. La prassi che ogni Nazione esprima una propria disciplina in materia ecclesiastica, è quindi pacificamente riconosciuta anche dalla canonistica più tradizionale, ma si avverte che il riferimento del Devoti è diretto a norme che, pur sempre, appartengono al diritto canonico e che non sono, quindi, parte del nuovo diritto ecclesiastico di matrice statale: «*Non omnia, quae publici juris sunt, simili prorsus modo ubique observantur. Quae a Divina institutione procedunt, ubique sunt eadem, ac plane similia, neque moribus, aut humana lege mutari possunt. At quae liberae sunt ecclesiasticae institutionis, non a Christo, sed ab Ecclesia pro accepta divinitus auctoritate praescripta varia esse possunt, et varia sunt revera pro diversitate Ecclesiarum (...) Hinc intelligimus, disciplinam ex. gr. in Hispania receptam argumento esse non posse, quod eadem etiam in Germania, aut in Galliis obtineat; cum unaquaeque natio suam peculiarem habeat, et suam retinere unaquaeque debeat*»⁴⁵.

Questa citazione suggerisce che un altro aspetto metodologico della scienza del *jus publicum ecclesiasticum* vada, quindi, esaminato. Neller, appellato da Zallwein *Author Anonymus*⁴⁶, viene considerato come un esempio da seguire per chiunque volesse accostarsi allo studio del *jus publicum ecclesiasticum* e celebrato in quanto «*viam monstravit*»⁴⁷ nella trattazione del «*jus ecclesiasticum proprium genuinum et iuribus patriis Germaniae accomodatum*»⁴⁸. Il tributo di attenzione alla consuetudine territoriale, che rappresenta il *jus novum*, è evidente.

Tenendo a mente la realtà del decentramento normativo proprio dell'Età moderna lo studioso che volesse accostarsi alla scienza del *jus publicum ecle-*

⁴⁴ JOANNIS DEVOTI, *Juris canonici universi publici et privati*, Romae, 1813, ex Typographia Fratrum Junchi, T. I, *De jure ecclesiastico publico, ac privato*, cap. XVII, par. I, pp. 329, nota n. 1.

⁴⁵ JOANNIS DEVOTI, *Juris canonici universi publici et privati*, cit., T. I, *De jure ecclesiastico publico, ac privato*, cap. XVII, par. I, pp. 331- 332.

⁴⁶ La cautela di Zallwein nel citare apertamente il nome di Neller deriva probabilmente dalle dure critiche della Curia Romana sull'ortodossia della dottrina di questi che gli valsero, come si è già detto, anche la collocazione all'*Index* della sua opera principale. GREGOR ZALLWEIN, *Principia iuris ecclesiastici*, cit., t. I, *Praefatio II*, par. IX. Anche Endres, che di Neller è l'allievo principale, adopera il medesimo appellativo di *Anonymus* per riferirsi al proprio Maestro: JOHANN NEPOMUK ENDRES, *Dissertatio canonica de necessario*, cit., cap. I, par. XVI, p. 13.

⁴⁷ GREGOR ZALLWEIN, *Principia iuris ecclesiastici*, cit., T. I, *Praefatio II*, par. IX.

⁴⁸ GREGOR ZALLWEIN, *Principia iuris ecclesiastici*, cit., T. I, *Praefatio II*, par. V.

siasticum non potrà non comprendere quale influenza abbia esercitato, sulla produzione giuspubblicistica, anche il diritto in materia ecclesiastica elaborato dai diversi Stati nazionali. Zallwein lo definisce, addirittura, «*animam Juris Ecclesiastici*», dopo aver indicato, di questo, le componenti fontali: ovvero il diritto naturale, divino, pontificio, storico e germanico, che fanno del *jus ecclesiasticum genuinum* qualcosa di più del *jus mere pontificium seu canonicum*⁴⁹.

La nascita e lo sviluppo degli Stati Nazionali nell'Europa continentale pur sempre si collocano all'interno del tradizionale sistema dell'*utrumque jus*, che per sua natura prescinde dall'esistenza di un orizzonte politico unitario. Ma nuove visioni dell'uomo, della storia e della stessa vita sociale, favoriscono lo sviluppo di suggestioni critiche nei confronti di un contesto giuridico «dualistico» che comincia a non esser più avvertito come elemento di coesione. Ad ogni modo, nonostante le convinzioni di certa storiografia su una «presunta crisi» del diritto comune, questo sopravviverà fino all'avvento della codificazione, magari riciclandosi in età moderna nel binomio *jus municipale*, che, sostituendosi agli *jura propria*, sta per diritto dei singoli popoli, e *jus commune*⁵⁰.

* * *

In questo intricato panorama di metodi scuole e sistemi occupa uno spazio ben definito anche il movimento di riforma protestante, con il suo corollario di conseguenze rilevanti anche sul piano giuridico della vita degli Stati nei quali si innesta e si sviluppa.

In seguito alla frattura provocata dalla riforma nel tessuto unitario della *Respublica Christiana*, infatti, ciascun ordinamento esige di esercitare una piena giurisdizione su tutte le questioni, non solo civili ma anche religiose, che costituiscono il tessuto vitale dei diversi paesi.

Il fenomeno dello sviluppo di una scienza giuridica ecclesiastico-laicale verosimilmente influenza l'elaborazione delle dottrine del *jus publicum ecclesiasticum*, ma in un duplice senso: da una parte alimentando i propositi apologetici dei giuspubblicisti cattolici, dall'altra, però, imponendo a questi di non prescindere da un ossequioso riferimento agli ordinamenti secolari nelle loro trattazioni⁵¹.

⁴⁹ GREGOR ZALLWEIN, *Principia iuris ecclesiastici*, cit., T. II, Q. IV, cap. II, par. VII, p. 405.

⁵⁰ ITALO BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, G. Giappichelli Editore, Torino, pp. 1-3.

⁵¹ Come accennato in precedenza, non va trascurato che la maggior parte dei fondatori della cosiddetta Scuola di Würzburg vive, sebbene per motivi professionali, in stretto contatto con gli ambienti

Non sorprenderà, infatti, che la maggior parte delle opere di *jus publicum ecclesiasticum* contengano espliciti, e più o meno corposi, richiami al *jus germanicum*⁵², a motivo dei quali alcuni autori finiscono per essere considerati esponenti di un moderato cesaropapismo.

Non può, quindi, essere trascurato il dato importante dell'influenza che senza dubbio ha esercitato sulla formazione della disciplina giuspubblicistica il fiorire del *jus ecclesiasticum* dello Stato, che ha la funzione di innestare il diritto ecclesiastico, ad uso delle diverse chiese riformate, con il diritto di produzione statale in materia ecclesiastica, proprio dei territori in cui queste chiese nascono e si sviluppano, come pertinenze del *Patrimonialstaat*⁵³.

Appare molto probabile, alla luce di tutto quanto detto fino ad ora, che il *jus publicum ecclesiasticum* nasca, anche, come una sorta di risposta a questo fenomeno, utilizzando un metodo ed un linguaggio tecnico forse meno legati alla tradizione decretalistica che consenta, quindi, al *jus canonicum* di essere

della politica, e da ciò deriva la spiccata sensibilità dei giuspubblicisti nei riguardi delle controversie sui rapporti tra Chiesa di Roma, Chiese locali e, soprattutto, delle crescenti pressioni autonomistiche dei sistemi giuridici territoriali. Vedi *retro*, par. 1.

⁵² ADRIANO BERNAREGGI, *Metodi e sistemi*, cit., p. 205. A parte i già citati Neller e Schmidt si ricordino anche: JOHANN CASPAR BARTHEL, il quale dedica ampi spazi dei suoi *Opuscula iuridica varii argumenti, sumptibus Mathei Göbhardt Bibliopolae Universitatis, Bambergae, 1756*, proprio al *jus Germanicum* ed ai suoi rapporti col *jus canonicum*, con particolare riferimento alla *Pax Religiosa* di Vestfalia ed alle sue conseguenze nelle relazioni tra le varie confessioni religiose, T. I, Op. I, *Historia Generalia Pacificationum Imperii circa Religionem*, art. I, *Quid sit Pax Religiosa?*, p. 18-20; Zallwein, che pone il riferimento al diritto locale già nel titolo della sua opera *Principia juris ecclesiastici universali et particularis Germaniae*, cit., per poi dedicarsi interamente nel tomo III; ed anche lo stesso JOHANN NEPOMUK ENDRES che approfondisce il tema nella sua *Dissertatio politico-canonica de diverso juris germanici ad civile romanum et canonicum commune habitu*, Wirceburgi 1771, par. XX, p. 117 e par. XXI, pp. 118-119, in PHILIP ANTON SCHMIDT, *Thesaurus*, cit., dove dichiara: «*Postremum denique ac novissimum sive modernum jus, prout publicum et suprema autoritate conditum est, in Pacificationibus publicis dissidiorum Religionis causa sancitis constitit, et res Ecclesiasticas, Protestantes inter ex una et Catholicas ex altera parte, moderatur. Atque hoc, intuitu eorundem, rursus Juri Communi Canonico, contraria luce statuent, praevallere nemo negat (...). Quantum vero ad alteram Juris hujus Ecclesiastici particularis Germanici partem attinet, prout vel ex inveteratis Germanicarum Ecclesiarum moribus ex privilegiis, vel ex praxi etiam legibus aut Dioecesanis a communi licet jure canonico universali recedentibus constat, quamvis paucae illae sint, quae refragantur; et has tamen aequae inter Catholicos prevalere debere nulli omnino dubitamus. Quamvis enim principium superius praesuppositum diversam prorsus conclusionem inferendam exigere videatur, quod videlicet Leges Patriae Ecclesiasticae non aequae Juri Communi Canonico, sicut Profanae atque Politicae Civili Romano, derogare valeant.*»

⁵³ Il contesto in cui può collocarsi l'origine del *jus ecclesiasticum* statale è quello che si origina dalla Pace di Vestfalia (1648), che segna il riconoscimento dell'eguaglianza tra tutte le confessioni e la possibilità di una convivenza, all'interno dello stesso territorio nazionale, di più confessioni religiose, regolate da un'unica fonte giuridica, quella statale. Lo affermerà esplicitamente GREGOR ZALLWEIN, *Principia iuris ecclesiastici*, cit., T. III, Praefatio, p. VII: «*Quapropter in illustrando jure ecclesiastico Germanico novissimo, quod praecipue Pax Religiosa et Westphalica constituent (...)*». Il riferimento al nuovo diritto ecclesiastico di produzione dello Stato germanico mi pare incontestabile.

competitivo con l'emergente *jus ecclesiasticum*, statale e riformato, nell'affermazione della propria ortodossia, contrastando il destino assegnatogli dai protestanti, che lo relega ad una condizione di mera sussidiarietà⁵⁴.

Gli esordi metodologici della scienza del *jus publicum ecclesiasticum* si presentano, comunque, caratterizzati da una certa promiscuità, in quanto è facile che i primi giuspubblicisti confondano, all'interno dei loro trattati, elementi appartenenti di *jus publicum ecclesiasticum*, ovvero esposizione e giustificazione dei diritti della Chiesa con tono marcatamente apologetico, con elementi del più tradizionale *jus ecclesiasticum publicum*, cioè, il *jus obiective sumptum*, corrispondente alla mera trattazione degli aspetti pubblicistici del diritto canonico eseguita secondo lo schema sistematico-didattico delle *institutiones*⁵⁵, all'interno del quale si trova, solitamente, anche una sezione dedicata al *jus ecclesiasticum privatum*.

L'influenza che il diritto ecclesiastico protestante e la fiorente legislazione dello Stato germanico esercitano sull'elaborazione delle dottrine esaminate

⁵⁴ «*Juri ecclesiastici suam auctoritatem usumque vindicamus. Cum enim hodie non pauci ex Catholicis etiam sint, qui juris ecclesiastici auctoritati mirum in modum detrabunt, ad infima subsellia illud tanquam Jus Mere Subsidiarium detrudunt, et ex omni orbe Christiano proscriptum et eliminatum vellent (...)*», GREGOR ZALLWEIN, *Principia iuris ecclesiastici, cit.*, T. II, Q. IV, *Praefatio*, p. V ed anche T. I, Q. I, cap. VII, par. II, p. 60, in cui si fa riferimento all'opera dei luterani volta al fine di eliminare il diritto papale per far spazio al *jus ecclesiasticum novum* fondato esclusivamente sulle Sacre Scritture e le consuetudini locali. Ulteriori illuminanti informazioni sulle condizioni di operatività del *jus canonicum* nei territori riformati si possono raccogliere dalle letture di trattati di *jus ecclesiasticum* protestante, tra molti ad esempio quello di JOANNIS BRUNNEMANNI, *De Jure Ecclesiastico, tractatus posthumus, in usum ecclesiarum evangel. et consistioriorum concinnatus, post mortem auctoris revisus, et necessariis supplementis adauctus a Samuele Strykio, Accesserunt Praelectiones ad regulas juris canonici ejusdem auctoris et index rerum locupletissimus*, Apud Jeremiam Schrey et H. J. Meyerum. Typis J. Coepselii, Francofurti ad Viadrum, 1681, Lib. I, *De jure personarum Ecclesiasticarum*, cap. III, *De legibus*, par. III, p. 34: «(...) hinc apud nos pro consuetudinario jure merito reputatur». Vedi anche ADRIANO BERNAREGGI, *Metodi e sistemi, cit.*, p. 204, nota n. 2.

⁵⁵ Per Fogliasso, ad esempio, la linea di confine tra oggetto materiale e formale di entrambe le discipline è assai sottile, e spesso volte viene superata dai giuspubblicisti, nel tentativo di raggiungere una purezza metodologica definitiva. Per un'analisi delle caratteristiche metodologiche della nuova disciplina canonistica si vedano gli studi di EMILIO FOGLIASSO, *Sistematicità e funzionalità del Ius Publicum Ecclesiasticum*, in *Salesianum*, XV, 1963, pp. 431-437 e in particolare, sull'esame della locuzione *jus publicum ecclesiasticum*, p. 440. Il punto nodale delle riflessioni di Fogliasso risiede nel motivare come nell'espressione *jus publicum ecclesiasticum* il binomio *jus publicum* discenda dall'*Utrumque jus*, secondo l'Autore non ancora dissoltosi nella coscienza giuridica del tempo, rappresentando quella parte di *publicum quod spectat Ecclesiae* accanto a quella *quod spectat Statui*. EMILIO FOGLIASSO, *Sistematicità e funzionalità del Ius Publicum Ecclesiasticum, cit.*, pp. 426-428. Ma i tempi cambiano in fretta e la coscienza giuridica muta adeguandosi ad essi, ed il nuovo terreno di collegamento tra *Civitas* ed *Ecclesia* non può più essere quell'*Utrumque Jus* che le vedeva riunite nel soggetto unitario della *Respublica Christiana*, ma l'emergente *jus publicum universale*, modello adattabile alla poliformica realtà degli Stati Nazionali autonomi ed indipendenti, e sul quale si innesterà il diritto ecclesiastico di produzione statale, generato dal dogma moderno della statualità del diritto. EMILIO FOGLIASSO, *Il compito apologetico del Ius Publicum Ecclesiasticum*, in *Salesianum*, anno, VII, 1945, p. 53 nota n. 10.

suscita, però, agli esordi della nuova scienza del *jus publicum ecclesiasticum*, la diffidenza se non, addirittura, l'ostilità della Curia Romana, al punto che, ad esempio, l'opera di un autore di centrale importanza, come Neller, viene messa all'*Index*, per via della sua «vacillante ortodossia»⁵⁶, accuse probabilmente fondate sul legame di amicizia con Hontheim⁵⁷.

4. Il diritto divino come fonte primaria del *jus publicum ecclesiasticum*

Uno dei punti nodali del lavoro di ricostruzione metodologica del *jus publicum ecclesiasticum* è rappresentato dall'individuazione delle fonti utilizzate dagli autori che, per primi, si sono interessati allo studio di queste tematiche.

Tra questi Zallwein, rivelando un apprezzabile rigore scientifico, premette allo svolgimento della propria ricerca l'esatta specificazione dell'oggetto materiale del diritto di cui intende trattare: «*objectum juris nostri materiale (...) esse leges Divinas ac Ecclesiasticas (...)*»⁵⁸.

Per la precisione, il diritto di cui si occupa Zallwein è il *jus ecclesiasticum genuinum, non mere Pontificum seu Canonicum*, non quindi il diritto delle Decretali, di produzione umana, ma un diritto che principalmente, sotto il profilo delle fonti, è naturale e divino⁵⁹.

⁵⁶ EMILIO FOGLIASSO, *Sistematicità e funzionalità del Ius Publicum Ecclesiasticum*, in *Salesianum*, cit., p. 432, nota n. 57 e dello stesso *Il Codice di diritto canonico e il «Ius publicum ecclesiasticum»*, cit., pp. 16-17, nota n. 15. Effettivamente ad una attenta lettura non possono sfuggire alcuni particolari di dubbia interpretazione, tra i quali, ad esempio, nella parte introduttiva dell'opera, il riferimento agli Apostoli considerati nel loro insieme, senza che sia presente alcun accenno alla posizione primaziale di Pietro, per quanto riguarda il conferimento della *potestas* da parte di Cristo fondatore. Non sembrerebbe una dimenticanza, ma piuttosto un'omissione che cela probabili simpatie episcopaliste dell'Autore, per le quali, infatti, l'opera fu posta inizialmente all'indice. GEORG CRISTOPH NELLER, *Principia iuris publici ecclesiastici*, ex officina Viduae Knochii & J. Georg. Eslinger, Francofurti et Lipsiae 1756, *Introductio*, par. XI: «*Authoritatem istam transfundit in Apostolos, qui post acceptum Spiritum S. regebant Ecclesia (...)*». Bernareggi, ad esempio, attribuisce a Neller una chiara identità gallicana, accostandolo ad autori come Febronio ed Eybel. ADRIANO BERNAREGGI, *Metodi e sistemi delle antiche Collezioni e del nuovo Codice di diritto canonico*, cit., p. 206.

⁵⁷ Georg Christoph Neller (1709-1783), canonista e teologo, fu cappellano al Duomo di Würzburg e precettore dei nipoti del Vescovo Principe elettore di Schönborn. Tra le frequentazioni che probabilmente hanno influenzato, in senso non ortodosso, il pensiero di Neller si annovera l'Hontheim: «*Sein treuster Freund und Gesinnungsgenosse war Hontheim (...)*». Cfr. JOHANN FRIEDRICH VON SCHULTE, *Die Geschichte der Quellen*, vol. III/1, cit., par. 152, p. 214-215.

⁵⁸ GREGOR ZALLWEIN, *Principia iuris ecclesiastici cit.*, T. I, Q. I, *De iure ecclesiastico in genere*, cap. I, *De nomine, definitione, objecto et fine juris ecclesiastici*, par. V, p. 12.

⁵⁹ GREGOR ZALLWEIN, *Principia iuris ecclesiastici cit.*, T. II, Q. IV, *De autoritate, usu et studio juris ecclesiastici*, cap. II, *De studio jurisprudentiae ecclesiasticae quoad methodum docentium*, par. VII, p. 405.

Precisa, inoltre, che il metodo e la *vis argumentorum*, tipici della scienza del *jus publicum ecclesiasticum*, devono servire alla principale e fondamentale delle tesi proposte: «*Ecclesia revera est societas perfecta et juridica*», fornendo un altro importante dato riguardante il metodo e le fonti del *jus publicum ecclesiasticum*, ovvero che tale tesi non è possibile che sia conosciuta «*solo lumine intellectus naturalis. Haec thesis tantummodo cognoscitur ex revelatione et proinde sola fide cognoscitur*»⁶⁰.

Da queste espressioni si desume, senza difficoltà, la priorità assegnata dallo studioso al *jus divinum*, al quale si affianca, ponendosi sullo stesso livello, la tradizione, «*quae tantae est dignitatis in Ecclesiae, ut cum Scriptura (...) de primatu auctoritatis dimicet, eo quod non minus sit Verbum Dei ac Scriptura*»⁶¹.

Nell'introduzione dei suoi *Principia Iuris ecclesiastici*, anche Neller precisa che la fonte del *jus Ecclesiae*, essendo questa una *societas inaequalis*, non è la volontà della *multitudo sociorum* ma quella di Cristo fondatore⁶². Più avanti dirà, infatti, che «*primaria lex*»⁶³ è la Sacra Scrittura, cui si accompagna la Sacra Tradizione, che nella prima rinviene il proprio presupposto di legittimità⁶⁴.

Zallinger dichiara che è necessario ricorrere all'uso di strumenti appropriati qualora ci si interroghi sull'origine e la natura della *societas sacra*, ovvero la Chiesa, individuando tale strumenti proprio nella scrittura e nella tradizione e nelle loro interpretazioni autentiche⁶⁵.

Anche Endres pone l'accento sulla centralità, nel sistema delle fonti, della

⁶⁰ GREGOR ZALLWEIN, *Principia iuris ecclesiastici cit.*, Pars I, *Principia generalia et fundamentalia*, p. 20.

⁶¹ GREGOR ZALLWEIN, *Principia iuris ecclesiastici cit.*, T. I, Q. II, *De fontibus originariis juris ecclesiastici, Scriptura et Traditione*, cap. III, *De Traditione*, par. I, p. 156.

⁶² GEORG CRISTOPH NELLER, *Principia iuris publici ecclesiastici, cit.*, *Introductio*, par. X. Le affermazioni di Neller sopra citate costituiscono una risposta appropriata ad alcune idee veicolate dagli scrittori protestanti in merito alla natura ed alle origini «pattizie» della Chiesa. Si veda ad esempio quanto asserisce il protestante Pfaff sul tema in questione: «*Tota Ecclesia mutua quidam confoederatione conglutinata est, et pacto leges sibimet ipsa facit, conventionales illas, quibus disciplina Ecclesiastica dirigitur*». CRISTOPH MATTHÄUS PFAFF, *Institutiones Juris Ecclesiastici (ad usum auditorii pfaffiani)*, Apud Onophr. Seilerum, Bibliopol. Scaphus., Francofurti et Lipsiae, 1727, rist. Minerva GMBH, Frankfurt an Main, 1976, Libro V, *De jurisdictione et regimine ecclesiastico*, cap. I, *De regimine ecclesiastico in primis saeculis, de Episcoporum juribus et audientia Episcopali*, par. I, p. 229.

⁶³ GEORG CRISTOPH NELLER, *Principia iuris publici ecclesiastici, cit.*, cap. I, par. I, p. 1. Nell'elencare le fonti del *jus publicum ecclesiasticum* ribadirà la priorità della *Lex divina Novi testamenti* anche JOHANN FRANZ BESSEL, *Dissertationes ad ius publicum Romano-Ecclesiasticum, cit.*, *Prolegomena*, p. 2.

⁶⁴ L'Autore si sofferma a ricordare come un punto di controversia con i Protestanti sia proprio rappresentato dall'approccio alla Sacre Scritture, fondato sull'interpretazione personale, e sulla conseguente idea di tradizione. GEORG CRISTOPH NELLER, *Principia iuris publici ecclesiastici, cit.*, cap. II, par. I, p. 15. «*Nemo enim negat, Verbo Dei traditio, siquod reipsa existat, omnem debere reverentiam, sed hoc inficiantur Protestantes, quod existant praeter Scripturam genuinae traditiones*».

⁶⁵ JAKOB ANTON VON ZALLINGER, *Institutionum Iuris naturalis et Ecclesiastici, cit.*, L. V, cp. I, par. CCCXVIII, p. 632.

voluntas Christi manifestatasi nella Rivelazione⁶⁶, ed in aperta polemica con le idee del diritto naturale razionalista afferma che «(...) *plura reperiuntur in Revelatione quam in Ratione (...) totum illud Regimen et omnis in Ecclesia potestas tota coelestis ac plane divina ex corruptae Naturae nostrae principiis oriri non potuit*»⁶⁷.

Allo stesso modo Bessel specifica il ruolo fondamentale del *jus divinum* nella vita dello *Status Ecclesiae* precisando che la principale tra tutte le leggi divine è quella fondante il mandato petrino, sulla quale si struttura l'intero impianto costituzionale della Chiesa⁶⁸.

Medesima è la conclusione cui giunge anche Zallinger, il quale pare avere, rispetto agli altri esponenti di *jus publicum ecclesiasticum*, una più chiara consapevolezza dell'oggetto materiale della novella disciplina, nel momento in cui esplicitamente dichiara che le vicende riguardanti la fondazione divina della Chiesa, ed in particolar modo il mandato petrino, che ne contraddistingue la forma giuridica, «*maxime ad ius publicum Ecclesiasticum pertinet*», ed in virtù di ciò spetta all'autorità infallibile della Chiesa ogni interpretazione autentica di tale principio⁶⁹.

Per la verità non è dalle affermazioni contenute nelle premesse dei trattati di *jus publicum ecclesiasticum* che si può desumere quanta importanza i giuristi cattolici assegnino al *jus divinum* nella elaborazione della nuova disciplina, quanto, piuttosto, dall'uso che di questo fanno, nel giustificare le tesi di natura pubblicistica riguardanti la *Respublica Ecclesiastica*, che rappresentano, appunto, il cuore del *jus publicum ecclesiasticum*.

Gli argomenti desunti dai testi della Sacra Scrittura, così come dalla Tra-

⁶⁶ JOHANN NEPOMUK ENDRES, *Dissertatio canonica de necessario*, cit., T. I, cap. II, par. V, p. 48: «*Ex sola autem revelatione Divina ea nobis Christi voluntas, et jus, quo institutam a se fidelium societatem gubernari voluit, constare debet (...)*. «*Ubi revelatio Divina loquitur*» la ragione viene costretta al silenzio, manifestandosi, così, i limiti del diritto naturale fondato esclusivamente sulla *humana Ratio*. Si veda anche l'elaborata definizione di *jus divinum* di Ickstatt: «*Complexum praeceptorum sive legum, immediate et ex libera voluntate Dei latarum, atque hominibus per revelationem manifestatarum, quibus officia tum erga Deum, tum hominis erga se ipsum, tum erga proximum, nec non erga ecclesiam et statum civilem determinantur, jus divinum positivum dicimus*». JOHANN ADAM ICKSTATT, *De studio iuris ordine*, cit., op. I, cap. II, par. LII, p. 82.

⁶⁷ JOHANN NEPOMUK ENDRES, *Dissertatio canonica de necessario*, cit., par. VII, p. 50.

⁶⁸ JOHANN FRANZ BESSEL, *Dissertationes ad ius publicum Romano-Ecclesiasticum*, cit., *Prolegomena*, p. 1: «*Ita pariter Jur. Rom. Eccle. sua non desunt principia, quibus status Ecclesiastici compaginem vel natam vel adolevisse demonstret. In hoc Statu Ecclesiastico duplicem invenimus rationem, spirituales videlicet et profanam (...)*». L'Autore fornisce un elenco sommario delle materie disciplinate rispettivamente dal *jus divinum*, quali ad esempio le questioni riguardanti l'erezione dei tribunali romani, il numero dei cardinali, il rito dell'incoronazione pontificia, e le rimanenti molte altre discipline dal *jus humanum*.

⁶⁹ JAKOB ANTON VON ZALLINGER, *Institutionum iuris naturalis*, cit., L. V, cap. CCXXXVII, p. 654.

dizione, hanno la funzione di legittimare le proposizioni riguardanti la vera costituzione della Chiesa, cioè la sua natura di *societas inaequalis*, simile, sotto certi profili, ad una *Respublica civilis* e, quindi, dotata di un ordinamento giuridico che le consente di rivendicare autonomia ed autosufficienza nei confronti delle altre *societates* con le quali si trova in relazione.

Sulla base del fatto che i giuspubblicisti orientano le loro opere in senso controversistico non sorprenderà che alcuni versetti neotestamentari siano oggetto di ambivalenti interpretazioni, sia da parte cattolica sia da parte protestante. Da tali fonti si desumono opposte visioni della costituzione della Chiesa: gerarchicamente organizzata la Chiesa cattolica, e come una sorta di semplice comunione democratica e acefala quella protestante.

Tra i brani più famosi e maggiormente utilizzati per giustificare sotto il profilo teologico entrambe le tesi dottrinali in tema di costituzione della Chiesa, si trova, ad esempio, il passo di Matteo XVIII, 18-19, che per i cattolici è il manifesto dell'origine divina del primato petrino, della sua giurisdizione sulla Chiesa universale, e della *forma regiminis* monarchica della *societas Ecclesiae*⁷⁰, mentre dagli autori protestanti è interpretato come il fondamento di una *facultas* che racchiuderebbe le potestà di amministrare i mezzi di salvezza ed insegnare la lieta novella, escludendo categoricamente che Cristo abbia inteso assegnare a Pietro una potestà di giurisdizione sulla Chiesa⁷¹.

Secondo la dottrina protestante le espressioni desunte dal vangelo di Matteo XVIII, «*solvere et ligare*» non vanno intese come riferentisi ad una *potestas coactiva*⁷², della cui esistenza fornirebbero la prova teologica, così come sostenuto dai giuristi cattolici, ma piuttosto vanno tradotte nel seguente modo: «*Quod porro de ligatione et solutione dicitur, itidem nec de solo Petro Matth. XVIII.18. nec de absoluta quidam potestate vel jurisdictione coactiva*

⁷⁰ Si veda ad esempio GREGOR ZALLWEIN, *Principia iuris ecclesiastici, cit.*, T. I, q. IV, cap. II, par. III, pp. 342-343; utilizza l'espressione «*claves regni*», per indicare la *potestas* conferita a Pietro, JAKOB ANTON VON ZALLINGER, *Institutionum iuris naturalis, cit.*, Lib. I, *Ius Ecclesiasticum publicum*, cap. III, par. I, nota n. 6. p.652 e cap. V, par. CCCLIV, p. 715 e nota C p. 716.

⁷¹ Di segno opposto alla posizione cattolica sono le interpretazioni sul concetto di *claves regni coelorum* di uno dei più autorevoli tra gli autori protestanti, le cui opere certamente avranno contribuito a stimolare la formazione del *jus publicum ecclesiasticum* in direzione apologetica: CRISTOPH MATTHÄUS PFAFF, *Institutiones Juris Ecclesiastici, cit.*, Lib. I, *De Ecclesia in universum*, cap. II, *De prima Ecclesiae constitutione et forma variisque ejus usque ad nostra tempora revolutionibus*, par. II, p. 49: secondo l'Autore il significato da attribuire all'espressione di Cristo è il seguente «(...) *docendi atque per Evangelii praedicationem viam ad coelum hominibus adaperiendi gratiaque bona ipsis dispensandi facultatem, quae Petro data sed non soli illi data fuit, omnibusque Apostolis data fuit et hodie omnibus Ecclesiarum doctoribus sine controversia competit*».

⁷² CRISTOPH MATTHÄUS PFAFF, *Institutiones Juris Ecclesiastici, cit.*, Lib. I, *De Ecclesia in universum*, cap. II, *De prima Ecclesiae constitutione et forma variisque ejus usque ad nostra tempora revolutionibus*, par. II, p. 49.

*ipsi concessa intelligi debet. Jam vero solvere et ligare vel de rebus vel de personis dicuntur. Si prius, solvere est licitum declamare, ligare illicitum. Si posterius, solvere ab excommunicatione aliquem liberare, ligare excommunicatum pronunciare (...)»*⁷³. Da questa premessa discende, poi, che non vi sarebbe alcuna ragione per negare che tale facoltà sia concessa anche agli Apostoli e non al solo Pietro⁷⁴.

Altrettanto copiosamente utilizzato allo scopo di disciplinare le relazioni esterne della *Societas Christi* con le altre *societates*, è un altro brano del Vangelo di Matteo, (XXII 21): il celeberrimo «*Reddite Caesari quae sunt Caesaris, Deo quae Dei sunt*», in cui si fissano i rapporti tra Chiesa e realtà politica nella tradizionale formula dualistica, sulla base della quale i giuspubblicisti ripropongono anche la dottrina bellarminiana sulla *potestas indirecta in temporalibus* da opporre all'eccessiva ingerenza del *jus ecclesiasticum* statale ed i suoi *jura maiestatica circa sacra*.

È, dunque, al *jus divinum* che i giuspubblicisti fanno costante riferimento per impostare l'impianto costituzionale del diritto della Chiesa e le prerogative di cui questa è titolare rispetto al mondo esterno; perché è nella volontà fondazionale di Cristo che risiede il progetto costituzionale, immutabile, sulla Chiesa universale che attende solo di essere colto e contestualizzato attraverso gli strumenti tecnici di cui l'esperienza giuridica dispone nei diversi momenti del percorso storico: il *jus publicum ecclesiasticum* rappresenta un esempio di tale impegno scientifico.

Il diritto divino positivo diventa, quindi, la fonte principale di quella parte speciale di diritto canonico pubblico, giustificato e difeso dagli *errores* dei

⁷³ CRISTOPH MATTHÄUS PFAFF, *Institutiones Juris Ecclesiastici*, cit., Lib. I, *De Ecclesia in universum*, cap. II, *De prima Ecclesiae constitutione et forma variisque ejus usque ad nostra tempora revolutionibus*, par. II, p. 49.

⁷⁴ CRISTOPH MATTHÄUS PFAFF, *Institutiones Juris Ecclesiastici*, cit., Lib. I, *De Ecclesia in universum*, cap. II, *De prima Ecclesiae constitutione et forma variisque ejus usque ad nostra tempora revolutionibus*, par. II, p. 49-50: «*Si vero et de personis sermo sit, si et de peccatorum retentione vel remissione hic agatur, omnibus Apostolis haec facultas communis fuit. John XX. 23. Imo si ligare et solvere hoc significet, declamare nomine hunc vel illum in peccato dominante situm adeoque vitandum nullumque cum eo consortium habendum esse, vel declamare, eum ex hoc statu iterum emersisse adeoque in communionem nostram redire posse, nihil heic Christus Petro dixit, quod non omnibus Apostolis competere possit*». Altro Autore che si affianca al Pfaff in questa interpretazione è Dupin secondo il quale: «*(...) potestas clavium sit immediata concessa universitati Ecclesiae, ut per ejus ministros ac per summum pontificem exercentur (...) ut ergo pateat mentem antiquorum omnium fuisse, claves non uni Petro, sed in persona Petri universitati Ecclesiae collatas esse (...)*». LOUIS ELLIES DUPIN, *De antiqua Ecclesiae disciplina dissertationes historicae, exceptae ex conciliis oecumenicis et sanctorum patrum ac auctorum ecclesiasticorum scriptis, autore Ludovico Ellies Dupinio...sumptibus Societatis typographicae ex typis Andreas Crass, Moguntiaci, 1788, diss. VI, De Concilio generalis supra Romanum Pontificem auctoritate*, par. I, p. 304.

professori protestanti, che, nella produzione letteraria emergente nel secolo dei «Lumi», prende il nome di *jus publicum ecclesiasticum*.

La forza probativa desunta dagli argomenti della Rivelazione, che nutrono l'ambizione apologetica delle opere dei giuspubblicisti, consente di impostare la trattazione dei diritti della Chiesa anche *ad extra*, e non solo *ad intra*; e questa caratteristica metodologica consente, così, di distinguere una trattazione di *jus publicum ecclesiasticum* dai tradizionali trattati di Teologia Fondamentale *De Ecclesia* o *De Vera Religione*, che del *jus publicum ecclesiasticum* costituiscono, comunque, un essenziale presupposto logico, la cui importanza non può essere trascurata, pena una incompleta comprensione della singolare disciplina.

5. *Il rapporto tra riflessioni giuridiche e approfondimento ecclesiologicalo nel diritto canonico: la probabile ispirazione del jus publicum ecclesiasticum nell'ecclesiologia di Torquemada e Bellarmino*

«*Similiter in iure canonico exsponendo (...) respiciatur ad Mysterium Ecclesiae*»⁷⁵: in questa indicazione metodologica rivolta ai canonisti, e contenuta in un brano del più recente magistero conciliare, si ha una sintesi efficace di quel particolarissimo ed intenso rapporto che lega l'approfondimento teologico all'elaborazione scientifica del diritto canonico, in virtù del quale quest'ultimo è stato addirittura definito «scienza sacra» o «*theologia practica*»⁷⁶ o, ancora, «*theologische Disziplin mit juristischer Methode*»⁷⁷.

È opportuno tenere presente, da una parte, la netta distinzione esistente tra i due sistemi – il teologico ed il giuridico – scientificamente autonomi rispetto alla prospettiva formale così come al metodo⁷⁸; dall'altra non può

⁷⁵ Concilio Vaticano II, Decr. *Optatam Totius*, n. 16.

⁷⁶ Tra gli altri vedi: VINCENZO DEL GIUDICE, *Nozioni di diritto canonico*, XII ediz., Giuffrè, Milano, 1970, p. 27; PIETRO AGOSTINO D'AVACK, *Corso di diritto canonico*, cit., p. 68.

⁷⁷ La definizione è di KLAUS MÖRSDORF, *Lehrbuch des Kirchenrechts*, A.1, F. Schöning, Paderborn, 1964, p. 36; si vedano inoltre: ANTONIO ROUCO VARELA - EUGENIO CORECCO, *Sacramento e diritto: antinomia nella Chiesa? Riflessioni per una teologia del diritto canonico*, Jaca Book, Milano, 1971 e WINFRIED AYMANS, *Osservazioni critiche sul metodo della canonistica*, in *Scienza giuridica e Diritto canonico*, a cura di R. Bertolino, Giappichelli, Torino, 1991, pp. 97-119 e in particolare p. 103. Ed ancora sul tema si veda JAVIER HERVADA, *Pensamientos de un canonista en la hora presente*, Eunsa, Pamplona, 1992, p. 13 e ss e CARLOS JOSÉ ERRÁZURIZ MACKENNA, *Il diritto e la giustizia nella Chiesa*, cit., in particolare pp. 51-55.

⁷⁸ Pur essendo ritenuto «ramo della teologia pratica» il diritto canonico se ne distingue, come osserva Del Giudice, perché presenta le medesime verità oggetto di studio della dogmatica, intese, però, come presupposto o contenuto di norme «che si impongono all'attività umana per la realizzazione

non essere evidenziata la funzione di presupposto indispensabile, di a-priori non trascurabile, a pena di rinunciare alla comprensione profonda di questa realtà, che le statuizioni teologiche assumono in relazione al diritto canonico. Tale influenza è presente nell'elaborazione della norma canonica, nella sua comprensione, perfino nell'esposizione, senza, però, in virtù di questo legame, mortificarne la natura di diritto in senso proprio.

Ed è alla luce di queste brevi considerazioni che si può asserire con il Fedele che «il diritto canonico come norma e come scienza è tributario del dogma e della teologia», «attingendo a quest'ultima per trarne la linfa vitale della propria esistenza»⁷⁹. Nel diritto canonico, dunque, l'ermeneutica teologica e quella giuridica si affiancano nella ricerca della «materiale infrastruttura»⁸⁰ delle norme, senza che la prima rimanga relegata nella condizione di semplice «complemento o supplemento»⁸¹ e la seconda subordinata ad una funzione meramente coattiva rispetto alle verità rivelate⁸².

dei fini della Chiesa». VINCENZO DEL GIUDICE, *Nozioni di diritto canonico*, cit., p. 27. La scienza canonica è giuridica per oggetto formale e metodo, e teologica perché *fide illuminata*. Alla teologia si riserva il compito di fornire una esposizione teoretica del *depositum fidei* effettuata *sub specie veritatis (revelatae)*; alla canonistica, invece, si affida l'analisi del medesimo dato di fede ma condotta *sub specie iuris*, ovvero da un punto di vista pratico, e non teoretico, che consenta di determinare il buon diritto del popolo di Dio secondo il suo fine ultimo. Le chiarificatrici considerazioni qui riportate sono di JAVIER HERVADA, *Colloquios pededúuticos sobre el derecho canónico*, Eunsa, Pamplona, 2002, pp. 92-93. Vedi anche: JEAN PIERRE SCHOUPPE, *Le droit canonique*, Ed. Story – Scientia, Bruxelles, 1991, p. 32: «*En tant que science sacre, sa méthode consistera a prendre comme point de depart le mystere de l'Eglise conformément aux exigences conciliaires. En tant que science juridique - au sens plénier, non au sens analogique - sa méthode variera selon le niveau de connaissance (fondamental, scientifique et technique, prudentiel) auquel le juriste se situera*»; e ALBERTO DE LA HERA, *Introducción a la ciencia del derecho canónico*, Tecnos, Madrid, 1973, p. 54: «*(...) de ninguna manera se trata de ciencias incommunicadas; por el contrario convendrá poner muy de relieve las raíces teológicas del Derecho canónico, a la vez que se procura conseguir que la Teología ofrezca de la Iglesia una figura en la que los aspectos jurídicos-sociales no parezcan algo externo y como yuxtapuesto, sino que se patentice su inserción en la naturaleza misma de la Iglesia y ello por voluntad del propio Fundador, Cristo*».

⁷⁹ PIO FEDELE, *Discorso generale sull'ordinamento canonico*, Cedam, Padova, 1941, p. 40 e ss. «*Se specifici sono i contenuti del diritto canonico (basti pensare a quelli del c.d. diritto divino positivo), se per la conoscenza e la migliore interpretazione di tali contenuti indispensabile appare la riflessione teologica, tutto ciò non incide sul fenomeno giuridico, sul suo fondamento e sulla sua funzione. Il discorso sul diritto sarà in ogni caso univoco, nonostante i suoi diversi contenuti*». Dello stesso A. si veda anche *Il problema dello studio e dell'insegnamento del diritto canonico e del diritto ecclesiastico in Italia*, in *Arch. Dir. Eccl.*, 1 (1939), pp. 54 e 71-72. Ed inoltre si veda GAETANO LO CASTRO, *Prefazione a Il soggetto e i suoi diritti nel diritto canonico*, Giuffrè, Milano, 1985, pp. 9-10.

⁸⁰ L'espressione è di HELMUTH PREE, «*Ius divinum*» between normative text, normative content, and material value structure, in *The jurist*, n. 56, 1996, p. 64 e ss.

⁸¹ SALVATORE BERLINGÒ, «*Il concetto di diritto canonico nella scuola laica italiana*», in *Il concetto di diritto canonico*, a cura di Carlos José Errazuriz Mackenna e Louis Navarro, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 62-64.

⁸² GAETANO LO CASTRO, *Il mistero del diritto. Del diritto e della sua conoscenza*, Giappichelli, Torino, 1997, pp. 214-216.

Questa breve premessa consente di sviluppare un'analisi critica sul rapporto tra *jus publicum ecclesiasticum* ed i trattati di teologia fondamentale, ed in particolar modo sull'influenza che l'approfondimento ecclesiologico ha esercitato sulla novella scienza canonica e sulla sua evoluzione.

Per comprender meglio i termini di questa relazione e, di conseguenza, poter tracciare una *linea finium regundorum* tra le due discipline, si rende opportuno effettuare un rapido richiamo alla genesi storica del *jus publicum ecclesiasticum*.

Si è già riferito di come gli attacchi sferrati dalla teologia protestante si rivolgano alla Chiesa di Roma nella sua globalità, movendo dai presupposti teologici fino alla sua struttura giuridica, e di come, essenzialmente, il *jus publicum ecclesiasticum* nasca ispirato e caratterizzato da finalità apologetiche, alle quali si affianca un esiguo numero di ambizioni di tipo sistematico-dottrinale.

L'idea centrale che domina e accomuna il pensiero di giuspubblicisti e teologi è, difatti, quella di opporre alla visione errata della Chiesa, prospettata dai riformatori, una visione fedele alla tradizionale ortodossia; la *imago Ecclesiae*, quella, cioè, che può dedursi dalla Scrittura e dalla Tradizione⁸³ e che ispira, come corollario, la questione fondamentale, per quel tempo, ossia quella attinente la perfezione giuridica della *Ecclesia Christi*.

Dall'osservazione dei primi trattati di *jus publicum ecclesiasticum* è facilmente intuibile quanto i giuspubblicisti ecclesiastici attingano al patrimonio della teologia fondamentale non solo *ratione fontium* ma anche *ratione methodi*⁸⁴.

Per la precisione il punto di collegamento tra le due scienze sacre è rappresentato dal trattato *de Ecclesia* che rappresenta, nell'ambito della teologia fondamentale, la risposta alle tesi protestanti speculari a quella fornita, nel campo del diritto pubblico, con il *jus publicum ecclesiasticum*.

V'è, però, un particolare interessante da sottolineare, ossia che la storia della trattatistica *de Ecclesia* rivela che la riflessione sistematica sulla Chiesa, effettuata in forma di trattato teologico, si sviluppa non in coincidenza con l'affermazione della struttura giuridico-istituzionale della Chiesa stessa e della sua dottrina⁸⁵.

⁸³ EMILIO FOGLIASSO, *Efficienza formativa del diritto pubblico ecclesiastico*, cit., p. 219.

⁸⁴ EMILIO FOGLIASSO, *Il compito apologetico del ius publicum ecclesiasticum*, cit., p. 81. Anche Lombardia nell'esaminare la genesi e le caratteristiche della scienza del *jus publicum ecclesiasticum* descrive questa come una sistematizzazione delle basi ecclesiologiche del diritto canonico, attuata muovendo da principi teologici per dedurne conclusioni in termini tecnico-giuridici. PEDRO LOMBARDIA, *Le Droit Publique Ecclésiastique selon Vatican II*, in *Apollinaris*, cit., p. 64 e 72.

⁸⁵ Si veda GIUSEPPE COLOMBO *Il dato e lo sviluppo storico della definizione di Chiesa della Cost.*

La forte influenza pratica della scienza canonistica frena, infatti, lo sviluppo della riflessione puramente teologica a favore di un'indagine di tipo marcatamente giuridico-istituzionale⁸⁶.

Per la verità i primi trattati *de Ecclesia* risalgono alla seconda metà del Seicento, ma in quel momento sull'approfondimento ecclesiologico, a motivo di alcune contingenze storiche, prevalgono l'esigenza apologetica ed il perfezionamento della tecnica giuridica; cosicché l'attenzione si concentra sulla potestà nella Chiesa ed in particolar modo sul potere primaziale, vale a dire sui due argomenti che fino al Vaticano II monopolizzeranno la riflessione giuridico-ecclesiologica⁸⁷.

E' dunque evidente il carattere controversistico⁸⁸ del trattato *de Ecclesia*, che si pone come strumento di difesa del dogma ecclesiologico contro gli attacchi e gli *errores* prodotti dai più diversi movimenti religiosi, politici, ideologici presentatisi lungo il corso della storia: cominciando dalle dispute regaliste, continuando, poi, con le tesi conciliaristiche fino al momento forte della Riforma protestante ed alle sue appendici giurisdizionalistiche, per concludere, infine, con i frutti più rappresentativi del pensiero moderno, ovvero il razionalismo, il laicismo, il liberalismo⁸⁹ ecc.

Considerate queste premesse non sorprende il fatto che l'origine della riflessione sistematica sul dato ecclesiologico si collochi all'interno di questo particolare orizzonte storico e non prima.

Nell'epoca della *Respublica Christiana*, infatti, quando i principi teologici costituiscono allo stesso tempo anche i fondamenti della compagine giuridico-sociale della vita quotidiana, non si avverte l'esigenza di puntualizzare

«*Lumen Gentium*», in GIUSEPPE COLOMBO, GIUSEPPE LYONNET, STANISLAO ALBERICH, ERNESTO BALDUCCI, *La Cost. Dogm. De Ecclesia Lumen Gentium*, Scuola di Pastorale per le Diocesi della Regione Emiliana, Parma, 1965, p. 15, Colombo così sintetizza: «la riflessione sistematica sulla Chiesa cresce in proporzione inversa all'affermarsi della Chiesa», GIUSEPPE COLOMBO *Il dato e lo sviluppo storico*, cit., p. 22; sulla relazione tra sviluppo dogmatico e progresso teologico si vedano le riflessioni di ANGEL ANTÓN, *Lo sviluppo della dottrina sulla Chiesa dal Vaticano I al Vaticano II*, in *L'ecclesiologia dal Vaticano I al Vaticano II*, Ed. La Scuola, Facoltà Teologica Interregionale Milano, Brescia, 1973, pp. 32 e 33.

⁸⁶ ANGEL ANTÓN *Lo sviluppo della dottrina sulla Chiesa*, cit., p. 32 e ANGEL ANTÓN, *El tratado «De ecclesia» nuevo centro de perspectiva en la enseñanza de la teología*, in *Gregorianum*, 50, 1969, p. 671.

⁸⁷ Si veda Battista MONDIN, *Le nuove ecclesiologie*, Ed. Paoline, Roma, 1980, pp. 19 e 20. Tra le prime opere di ecclesiologia si ricordino: il *De regimine christiano* di Jacopo da Viterbo, scritto all'epoca del conflitto tra Bonifacio VIII e Filippo il Bello (1302 circa); il *Tractatus de Ecclesia* di Giovanni da Ragusa (1433-1435) contenente, però, elementi della dottrina conciliaristica, ma degna di maggiore interesse è la *Summa de Ecclesia* di Johannes de Torquemada (1561). YVES CONGAR, *L'Eglise de Saint Augustin à l'époque moderne*, cit., pp. 273-275; 328-330; 340-342.

⁸⁸ Si veda ANGEL ANTÓN, *Lo sviluppo della dottrina sulla Chiesa*, cit., p. 38.

⁸⁹ ANGEL ANTÓN, *Lo sviluppo della dottrina sulla Chiesa*, cit., pp. 38 e 39.

le questioni fondamentali riguardanti l'essenza e la potestà della Chiesa e, soprattutto, di farlo in un'ottica polemica⁹⁰.

La realtà globalizzante della Chiesa e del suo messaggio evangelico costituiscono un elemento talmente naturale nella vita della *societas christiana*, proprio come lo è il respiro negli esseri animati del quale ci si accorge solo quando viene a mancare, che, in assenza di attacchi talmente diretti e sovversivi come quelli che circondano la nascita del *jus publicum ecclesiasticum*, non si rende indispensabile una riflessione della Chiesa su se stessa.

Si spiegherebbe così l'assenza di un trattato di ecclesiologia nelle grandi opere dei teologi medievali, compresa la più maestosa e completa tra tutte: la *Summa* di S. Tommaso d'Aquino.

Con il Lombardía potremmo concludere che il *jus publicum ecclesiasticum* fornisce le basi dottrinali necessarie per l'esegesi dei testi legali, e che il contenuto dogmatico elaborato risulta, di conseguenza, correlato allo stato dello sviluppo degli studi ecclesiologici del periodo storico in cui questa disciplina acquisisce la propria fisionomia⁹¹. Da tale prospettiva la nuova branca della scienza canonistica pare, dunque, presentarsi con un originale carattere di strumentalità rispetto allo studio del diritto canonico. Ciò che la contraddistingue non è tanto il suo oggetto materiale quanto quello formale, ovvero il metodo che viene adoperato, che unito alla peculiarità dei temi selezionati, le consegna una innegabile «finalità formatrice»⁹², almeno fino al Vaticano II, quando i nuovi orizzonti ecclesiologici evidenziano l'inadeguatezza del *jus publicum ecclesiasticum* a rappresentarli giuridicamente, trasferendo il compito al diritto costituzionale canonico.

* * *

Tenuto conto delle considerazioni fin qui presentate, non è una forzatura ritenere che le argomentazioni dei teorici del *jus publicum ecclesiasticum* trovino ispirazione e giustificazione nel pensiero di due importanti teologi dell'età moderna: Torquemada ma, soprattutto, Bellarmino.

⁹⁰ EMILIO FOGLIASSO, *Compito e caratteristiche del diritto pubblico ecclesiastico interno*, cit., p.6.

⁹¹ PEDRO LOMBARDÍA, *Le Droit Public Eclésiastique selon Vatican II*, in Apollinaris, cit., p. 64.

⁹² PEDRO LOMBARDÍA, *Le Droit Public Eclésiastique selon Vatican II*, in Apollinaris, cit., p. 62: «L'enseignement du DPE a toujours été conçu par rapport celui du Droit canonique. Cette discipline a eu et continue d'avoir aujourd'hui un caractère propédeutique pour l'étude du droit de l'Eglise, en tant qu'elle proportionne des connaissances préparatoires l'étude exégétique des normes. Paradoxalement, le DPE remplissait en même temps une fonction complémentaire: celle de fournir un genre de connaissances que n'offraient pas le chaires du Droit canonique et qui, cependant, apparaissaient comme nécessaires dans la formation de l'élève».

L'opera, in tal senso, più rilevante del periodo immediatamente precedente il Concilio di Trento è la *Summa de Ecclesia* di Juan de Torquemada, composta tra il 1448 ed il 1449, ed edita a stampa un secolo dopo, in prossimità dell'inizio del Concilio.

Al teologo spagnolo, autorevole promotore della teologia del primato petrino al Concilio di Basilea⁹³, si deve riconoscere il merito di aver creato un'opera di impressionante organicità nella trattazione di una materia sì complessa, utilizzando una assai rilevante quantità di fonti, Scrittura e Tradizione in primo luogo, ma soprattutto rivelando una completa conoscenza della Patristica, cui ricorre copiosamente per fondare le proprie affermazioni contro gli *errores* eterodossi che, come egli stesso premette⁹⁴, intende confutare nella sua *Summa*.

L'opera di Torquemada, per la sua vena apologetica, e per il tentativo di rappresentare i fondamenti dogmatici della struttura costituzionale della Chiesa, costituisce in campo teologico ciò che in campo giuridico sarà rappresentato dai trattati di *jus publicum ecclesiasticum*.

La complessità del tema, elaborato con sistematica organicità, si costruisce intorno ad un'idea fondamentale che, per il teologo, è quella riguardante la centralità del primato petrino nella vita della Chiesa; leggendo le dense pagine della *Summa* l'impressione che si avverte è che ogni questione affrontata riconduca inevitabilmente al punto nodale, per la comprensione stessa della Chiesa, ovvero la rilevanza incomparabile del papato, rappresentato come la fonte da cui promana ogni potestà ecclesiastica⁹⁵.

Esaminando la maggior parte dei trattati di *jus publicum ecclesiasticum* si noterà come questa idea rappresenti il motivo costante e dominante di tutte

⁹³ Sul ruolo di Torquemada nella difesa delle posizioni del papa al Concilio di Basilea si veda *Il Concilio e i Concili. Contributo alla storia della vita conciliare della Chiesa*, a cura di BERNARD BOTTE, Roma, 1962, pp. 253-258; GIUSEPPE ALBERIGO, *Chiesa conciliare. Identità e significato del Conciliarismo*, Paideia, Brescia, 1981, p. 262 e ss. e ORAZIO CONDORELLI, *Principio elettivo, consenso, rappresentanza*, Il Cigno Galileo Galilei, Roma, 2003, pp. 116-120 e pp. 164-165. Un'altra significativa figura si erge nel contesto del Concilio di Basilea, per la promozione della dottrina sul primato: è Nicola Tedeschi, il Panormitano. Una visione parziale della sua dottrina sul tema si può rinvenire in una delle sue *quaestiones*, NICOLAI TUDESCHIJ, *Consilia, iurisque, responsa, ac Quaestiones*, Apud B. Maiorinum Parmensem, Venetiis, 1569, *Quaestio I*, pp. 195-202, in particolare i nn. 1-4; 12, 14, 19-23, 32, 33. Sul pensiero del Panormitano in merito alla dottrina del primato si vedano ORAZIO CONDORELLI, *Principio elettivo, cit.*, 129-143 e CHARLES LEFEBVRE, *L'enseignement de Nicolas de Tudeschis et l'autorité pontificale*, in *Ephemerides iuris canonici*, n. 4, vol. XIV, 1958, pp. 312-339.

⁹⁴ Così specifica il teologo spagnolo: «*Contra Ecclesiae et primatus Apostolicae sedis adversarios*». IOANNIS DE TURCREMATI, *Summa de Ecclesia*, Venetiis, apud Michaellem Tramezinum, 1561, Lib. I, cap. I, p. 1.

⁹⁵ L'espressione è contenuta in un discorso pronunciato da Torquemada nella Dieta Imperiale di Norimberga nel 1438 il cui testo è, in parte, riportato da ORAZIO CONDORELLI, *Principio elettivo, cit.*, p. 164 nota n. 198.

le teoriche giuspubblicistiche sulla natura giuridica della Chiesa, vista come *societas* o *respublica*, e le sue prerogative. Nonostante la presenza di questo principio forte nella dogmatica del *jus publicum ecclesiasticum*, è pur vero, però, che alcuni dei maestri Würzburg – l'opera di Neller per esempio, come già ricordato, viene posta all'indice – vengono accusati di simpatizzare per le dottrine episcopaliste e di proporre insegnamenti non pienamente corrispondenti all'ortodossia cattolica.

La dottrina del primato, per il teologo Torquemada, si fonda su due pilastri concettuali: uno è quello secondo cui il successore di Pietro è l'unico e solo *Vicarius Christi*, e l'altro, strettamente connesso, è quello sintetizzabile con l'espressione *plenitudo potestatis*.

In una Chiesa, la cui *forma regiminis* risulta definita in senso rigidamente monarchico⁹⁶, il nucleo centrale della struttura costituzione monarchica è proprio il successore di Pietro, cui viene affidata la cura ed il governo del gregge dallo stesso Cristo⁹⁷, e che viene definito come *fundamentum Ecclesiae*⁹⁸.

Nel titolo di Vicario⁹⁹ è racchiusa la ragione profonda della pienezza dei poteri papali, di quella *plenitudo potestatis* che Torquemada delinea con chiarezza e precisioni inequivoche, accompagnando le dotte giustificazioni dottrinali delle proprie tesi anche con considerazioni di ordine pratico, maturate nel confronto della vita sociale della Chiesa con quella della comunità politica: «(...) *considerata bene principatus amplitudine ad quem Romanus Pontifex assumptus est, et moltitudine ac varietate rerum in quibus per eum universitati fidelium providere occurrit, necesse habemus confiteri quod Romanus Pontifex cui universalis ecclesiae cura commissa est in plenitudine potestatis a Cristo vocatus est. In omni enim communitate bene recta oportet apud supremum recidere plenam potestatem se extendentem ad omnia necessaria et evidenter expedientia bono reipublicae illius communitatis. Cum ergo papa sit supremus in communitate totius Christianitatis, utpote caput et rector omnium fidelium, sequitur quod apud illum plenitudo resideat potestatis extendens se ad omnia necessaria et expedientia saluti reipublicae Christianae*»¹⁰⁰.

⁹⁶ IOANNIS DE TURRECREMATA, *Summa de Ecclesia, cit.*, Lib. II, cap. II, pp. 117-118: «*Ordo autem qui in ecclesia est et esse debuit, ita accipiendus est, ut unus in tota universitate reipublicae Christianae summus princeps rector ac gubernator esse credatur (...) Ecclesia est regnum, sive ecclesiae principatus est Monarchicus sive regalis*».

⁹⁷ IOANNIS DE TURRECREMATA, *Summa de Ecclesia, cit.*, Lib. II, cap. VI, p. 123: «*(...) curae et regimini beati Petri totus grex dominicus comissus est a Cristo (...)*».

⁹⁸ IOANNIS DE TURRECREMATA, *Summa de Ecclesia, cit.*, Lib. II, cap. XVII, p. 131.

⁹⁹ IOANNIS DE TURRECREMATA, *Summa de Ecclesia cit.*, Lib. II, cap. XXXVII, p. 151.

¹⁰⁰ IOANNIS DE TURRECREMATA, *Summa de Ecclesia, cit.*, Lib. II, cap. LII, p. 166.

Nel definire la dottrina della potestà primaziale, e le sue relazioni con le altre forme di potere, il teologo spagnolo traccia, quindi, con matura compiutezza le linee essenziali della costituzione gerarchica della Chiesa, che verranno ulteriormente sottolineate a Trento, ed utilizzate come paradigma di ortodossa dottrina dagli autori di *jus publicum ecclesiasticum*.

Nella imponente costruzione dogmatica di Torquemada trova posto anche la delicata questione dell'eventuale potere *in temporalibus* del pontefice, affrontata dall'Autore in modo, per certi aspetti, originale, che prefigura quanto definirà Bellarmino nella sua teorica della *potestas indirecta in temporalibus*.

Anche questa posizione avrà, con molta probabilità, contribuito ad influenzare le idee dei giuspubblicisti settecenteschi in merito ai rapporti tra le due *Respublicae*, Chiesa e Stato.

Presupposto l'influsso di Torquemada e, come si dimostrerà più avanti, di Bellarmino nelle teorie del *jus publicum ecclesiasticum* non si può trascurare di considerare l'importanza fondamentale che, di certo, ha avuto anche il Concilio di Trento¹⁰¹ per l'impostazione delle teoriche giuspubblicistiche.

Il risultato del lavoro dei Padri Conciliari, a Trento, può, a buon titolo, esser definito come la più imponente manifestazione del magistero della Chiesa prima del Concilio Vaticano I e, soprattutto, del Concilio Vaticano II, testimonianza del livello più alto di consapevolezza raggiunto dalla cattolicità nell'epoca moderna.

Una cosa può senza altro affermarsi, e cioè che Trento non si possa semplicemente ridurre ad una mera reazione della cattolicità alla tempesta protestante, poiché appare in tutta la sua grandezza lo sforzo della Chiesa, attraverso il concilio, di presentare in forma positiva la dottrina ortodossa, sublimando il rigido schematismo degli anatemi.

Chi si accostasse allo studio della tradizione del *jus publicum ecclesiasticum* non potrebbe non adottare come punto di riferimento la grandiosa opera realizzatasi in tale direzione nel contesto del tridentino, dalla quale la Chiesa di Roma verrà alla luce nei suoi tratti costitutivi più ortodossi.

I canonisti di Würzburg, difatti, anche se con un ritardo, «fisiologico», di due secoli, non faranno altro che edificare le loro innovative costruzioni giuridiche intorno all'idea di Chiesa che Trento dogmaticamente ridisegna, opponendola sì ai contestuali *errores* protestanti, ma consegnandola ai secoli

¹⁰¹ Sul tema si veda in particolare: JOSEPH LORTZ, *Storia della Chiesa*, vol. I, Ed. Paoline, Alba, 1966, vol. II, Ed. Paoline, Alba, 1973 – AUGUST FRANZEN, *Breve storia della Chiesa*, cit. – HUBERT JEDIN, *Storia del Concilio di Trento*, Morcelliana, Brescia, 1974; HUBERT JEDIN, *Ciò che la storia del Concilio di Trento si attende dalla storia ecclesiastica italiana*, in HUBERT JEDIN, *Chiesa della fede Chiesa della storia. Saggi scelti*, Morcelliana, Brescia, 1972.

futuri come patrimonio indelebile, seppur aperto ai continui perfezionamenti che la sua esistenza storica impone, perfezionamenti nella comprensione del mistero e nella successiva presentazione di questo.

Contro le persuasioni protestanti numerosi giuspubblicisti adoperano l'idea bellarminiana di *Ecclesia*¹⁰²: «*Nostra autem sententia est, ecclesiam unam tantum esse, non duas, et illam unam et veram esse coetum hominum ejusdem christianae fidei professione, et eorundem sacramentorum communionem colligatum, sub regimine legitimorum pastorum, ac praecipue unius Christi in terris vicarii romani pontificis*»¹⁰³.

Contro coloro i quali, protestanti, sostengono che per l'appartenenza alla Chiesa sia richiesto il possesso di «*internas virtutes*», secondo l'idea di Chiesa invisibile, Bellarmino sostiene la necessità di coniugare la comunione dei sacramenti all'esterna professione della fede, al fine di sottolineare la natura visibile dell'unica vera Chiesa «*ut est coetus populi romani, vel regnum Galliae, aut respublica venetorum*»¹⁰⁴.

Indubbiamente tale definizione avrà assunto una posizione centrale nel processo di elaborazione delle teoriche giuspubblicistiche; ma non va trascurato di considerare che Bellarmino rimane ancora fortemente ancorato all'ideale ierocratico della *Respublica Christiana*¹⁰⁵, sintetizzato nella formula

¹⁰² JAKOB ANTON VON ZALLINGER, *Institutionum iuris naturalis*, cit., L. V, cap. I, par. CCCXVI «*Ecclesiae notio*», pp. 627 - 628; JOHANN CASPAR BARTHEL, *Opuscula iuridica varii argumenti*, T. I, op. II, art. I, par. V, p. 113; JOHANN ADAM ICKSTATT, *De studio iuris ordine*, cit., cap. II, par. XXVII, pp. 65-66; GEORG CRISTOPH NELLER, *Principia iuris ecclesiastici*, cit., *Introductio*, par. V; PHILIP ANTON SCHMIDT, *Institutiones Juris Ecclesiastici Germaniae accomodatae*, cit., pars. II, cap. II, sect. I, par. VII, p. 137.

¹⁰³ ROBERTO BELLARMINO, *Quarta controversia generalis, de natura et causis concilii, liber III, caput II, de definitione ecclesiae, Opera omnia, tomus II*, ed. J. Fèvre, Paris, 1870, rist. Frankfurt a. M., 1965, p. 317.

¹⁰⁴ ROBERTO BELLARMINO, *Quarta controversia generalis, cit.*, p. 318; caput XII, *Ecclesiam esse visibilem*, p. 346.

Sempre in tema di natura della Chiesa è opportuno ricordare un'altra asserzione di Bellarmino in quanto verrà abbondantemente richiamata dalla giuspubblicistica ecclesiastica del XIX secolo ed utilizzata, dai suoi autori più importanti, nell'elaborazione della, cosiddetta, «Tesi fondamentale» del *jus publicum ecclesiasticum*: «*Ecclesia, societas perfecta*». ROBERTO BELLARMINO, *Tertia controversia generalis, de summo pontifice, liber V, de potestate pontificis temporalis, caput VII, rationibus probatur theologorum sententia, Opera omnia, cit.*, p. 157: «*Respublica ecclesiastica debet esse perfecta, et sibi sufficiens in ordine ad suum finem: tales enim sunt omnes respublicae bene institutae: ergo debet habere omnem potestatem necessariam ad suum finem consequendum (...)*».

¹⁰⁵ Per una approfondita riflessione storico-giuridica «sui modi di presenza della Chiesa nella vita della comunità civile», con particolare attenzione al tema della *Potestas Sacra* nell'esperienza giuridico-politica dell'Europa dell'*Età Media*, PIERO BELLINI, *Respublica Sub Deo*, cit., p. XIV-XIX; ed ancora PIERO BELLINI, *Sui caratteri essenziali della potestas Ecclesiae circa temporalia*, in *Jus canonicum*, X, 1970, p. 219.

della *reductio ad unitatem* concepita in modo organico da Bonifacio VIII¹⁰⁶. L'idea di Bellarmino è racchiusa nel dovere imposto ai *Principes* di governare senza nuocere al bene spirituale dei sudditi a pena di legittimare, in caso contrario, l'intervento della *spiritualis potestas* in vicende temporali, *ratione peccati et salutis animarum*: «*Reges et Pontifices, clerici et laici non faciunt duas respublicas, sed unam, id est, unam ecclesiam: sumus enim omnes unum corpus, (...) et in omni corpore membra sunt connexa et dependentia unum ab alio: non autem recte asseritur, spiritualia pendere a temporalibus: ergo temporalia a spiritualibus pendent, illisque subiciuntur*»¹⁰⁷.

I giuspubblicisti oramai considerano superato tale principio, in favore di una visione «paritaria» di *Ecclesia* e *Respublica*, che consente una giustificazione del riconoscimento di certe pretese da parte della Chiesa di Roma.

Sebbene non possa negarsi l'influenza che il clima tipicamente controriformistico ha assunto nella impostazione, dottrinale e metodologica, della nuova disciplina, tale visione potrebbe, tuttavia, nuocere alla piena comprensione del fenomeno del *jus publicum ecclesiasticum*, riducendone la complessità, delle sue ragioni costitutive di carattere più scientifico, al suo aspetto di mera contestazione apologetica degli *errores* protestanti e delle teorie regaliste.

È, peraltro, del tutto evidente come la nuova scienza canonistica affondi

Possiamo ben dire che nella *Respublica Christiana*, che a buon diritto, l'Autore chiama *Respublica sub Deo*, Dio è fonte, fine e limite di ogni aspetto della vita, anche, dunque, del potere temporale. Per il retto governo, conforme ai principi di diritto divino e garanzia del bene supremo degli *homines viatores*, al Principe spetta la ricompensa soprannaturale. Vedi anche: GIUSEPPE LEZIROLI, *Relazioni fra Chiesa e potere politico: cenni storici sulla religione come limite del potere*, Giappichelli, Torino, 1992, p. 20-22; CARLO CARDIA, *Manuale di Diritto Ecclesiastico*, Il Mulino, Bologna, 1996, p. 55.

¹⁰⁶ Bonifacio VIII nella bolla *Unam Sanctam* del 1302 così si pronuncia offrendo alla tradizione il paradigma della dottrina sulla *potestas directa*: «*Igitur ecclesiae unius et unicae unum corpus, unum caput, non duo capita, quasi monstrum, Christus videlicet et Christi vicarius, Petrus, Petrique successor, dicente Domino ipsi Petro "pasce oves meas". Meas inquit, et generaliter non singulariter has vel illas: per quod sive commisse intelligitur universas (...) In hac ejusque potestate duos esse gladios, spiritua-lem videlicet et temporalem (...) Uterque ergo est in potestate ecclesiae, spiritualis scilicet gladius et materialis (...) Oportet autem gladium esse sub gladio, et temporalem auctoritatem spirituali subjicitur potestati (...) Ergo si deviat terrena potestas, judicabitur a potestate spirituali; sed si deviat spiritualis minor, a suo superiori, si vero suprema, a solo Deo, non ab homine poterit judicari, testante Apostolo "Spiritualis homo iudicat omnia, ipse autem a nemine iudicatur (...)».* *Extravag. Commun. I. I, tit. VIII, De maioritate et obedientia, c. 1.*

¹⁰⁷ ROBERTO BELLARMINO, *op. cit.*, caput XII, *Ecclesiam esse visibilem*, p. 346. In dottrina vi è, però, chi fornisce una lettura della *potestas indirecta* elaborata da Bellarmino come «riproposizione controriformistica del sistema curialistico pre-bonifaciano o bonifaciano», quindi come fosse una forma larvata di *Potestas temporalis (directa)*: così PIERO BELLINI, *La coscienza del principe, II, cit.*, e ss. in particolare p. 739. ROBERTO BELLARMINO, *Tertia controversia generalis, liber V, caput VII, tomus II, Opera omnia, cit.*, p. 157.

le sue radici dottrinali nella prodromica costruzione bellarminiana, ma il *jus publicum ecclesiasticum* è, piuttosto, il frutto di un articolato processo evolutivo, che si snoda lungo il corso di due secoli, raggiungendo il suo culmine solo con la Scuola Romana dell'Ottocento; basti pensare che la locuzione completa *jus publicum ecclesiasticum* non è ancora presente nel linguaggio dei primi giuspubblicisti settecenteschi, o almeno non in tutti¹⁰⁸, meno che mai in Bellarmino un secolo prima.

* * *

Alle soglie del Concilio Vaticano II il modello di Chiesa che si propone alla fede dei credenti, ed all'analisi degli studiosi, è ancora quello che si sviluppa nel periodo post-tridentino e che trova tra le sue fonti più autorevoli il pensiero di Bellarmino.

L'ecclesiologia, dalla Riforma cattolica fino al periodo preconciliare, impostata sulla visione bellarminiana, pone l'accento con forza sugli aspetti visibili della *Ecclesia Christi*, specialmente sulla sua struttura gerarchica e di governo, evidenziando la sua natura sociale ed impostando una sistematica difesa dei suoi diritti di *societas iuridice perfecta*.

L'attenzione rivolta esclusivamente agli aspetti istituzionali impoverisce l'immagine di Chiesa che viene offerta, ed impedisce la penetrazione dei suoi aspetti interiori a favore di un'impostazione «apologetica ed extrinsecista»¹⁰⁹. Perfettamente adatta al confronto con gli Stati nazionali ed indispensabile al fine di evidenziare le pretese della Chiesa nei loro riguardi, tale immagine troverà la sua consacrazione ultima nella dichiarazione di infallibilità pontificia col Concilio Vaticano I¹¹⁰.

Il sistema ecclesiologico ereditato dalla Riforma cattolica, che esprime una Chiesa organizzata come uno Stato, fondata sui pilastri dell'autorità e del magistero e non come la *congregatio fidelium* animata dal soffio dello Spirito Santo e proiettata in una dimensione escatologica¹¹¹, è, dunque, quello che si trova alla base del *jus publicum ecclesiasticum*; è lo stesso principio che ne ispira ogni singola affermazione e che, però, costringe questa

¹⁰⁸ Non tutte le prime opere che contengono la dottrina del *jus publicum ecclesiasticum* vengono, infatti, così intitolate. Si veda sul punto quanto detto *retro* nota n. 3.

¹⁰⁹ Si veda ANGEL ANTÓN, *Lo sviluppo della dottrina sulla Chiesa, cit.*, p. 40.

¹¹⁰ Per una sintetica panoramica sull'evoluzione della riflessione ecclesiologica vedi: *Dalla «società perfetta» alla «Chiesa mistero»*, in *La Civiltà Cattolica*, quaderno 3230, 19 gennaio 1985, pp. 106-108.

¹¹¹ Sulle note caratteristiche della visione della Chiesa della «Controriforma» si veda YVES CONGAR, *L'Eglise de Saint Augustin, cit.*, pp. 380-385.

singolare porzione della scienza canonistica ad una sopravvivenza limitata temporalmente.

Vero è che questa impostazione concettuale è quella dominante nella Chiesa per quasi due millenni, ed in fondo il *jus publicum ecclesiasticum*, soprattutto quello elaborato dalla Scuola Romana nell'Ottocento, ne rappresenta solo una espressione dai toni marcati, che si scontrerà, quindi, con la nuova ecclesio-logia conciliare e le sue esigenze di esser tradotta in termini giuridici meglio corrispondenti al nuovo spirito del Vaticano II.

Le categorie giuridico-concettuali identificanti la scienza del *jus publicum ecclesiasticum* si rivelano inadeguate ed insufficienti ad interpretare le acquisizioni conciliari, e dunque, inevitabilmente destinate a trasformarsi in patrimonio della storia del diritto canonico, materiale scientifico ad uso didattico ma non più diritto vigente.

6. Il rapporto con la teologia nella prospettiva metodologica dei giuspubblicisti di Würzburg

Frutto di un'elaborazione che si spiega lungo quasi due secoli, la reazione della Chiesa cattolica alla radicalità delle contestazioni protestanti si presenta in duplice forma, teologica e giuridica al tempo stesso: da una parte con l'elaborazione di un trattato di teologia fondamentale, il *De Ecclesia*, e dall'altra con una nuova disciplina *a-posteriori* denominata *jus publicum ecclesiasticum*, che trova nel primo uno dei suoi più saldi presupposti dottrinali.

Nell'affrontare un'analisi del metodo adoperato dai giuspubblicisti nell'elaborazione scientifica del *jus publicum ecclesiasticum*, non può trascurarsi di considerare l'inevitabile confronto con la vicina Teologia Fondamentale, che, come già sottolineato, ne rappresenta il tessuto dogmatico di riferimento. Ma cresce, nei giuspubblicisti, la preoccupazione didattico-sistemica che nutre la convinzione di dovere garantire al *jus publicum ecclesiasticum* una dignità formale, che lo differenzi dalla Teologia, identificandolo come disciplina scientifica autonoma.

È, comunque, evidente la specularità esistente tra le due discipline, che condividono la medesima esigenza apologetica: da una parte l'esigenza di ristabilire l'ortodossia, vulnerata dagli attacchi protestanti e regalisti, in campo teologico, dall'altra quella di fare altrettanto in campo giuridico. Ma, mentre le argomentazione teologiche si concentrano *ad intra*, relegando ad una marginale posizione i rapporti tra la Chiesa e la *Respublica*, la dottrina del *jus publicum ecclesiasticum* è orientata anche e soprattutto *ad extra*, avendo tra i suoi principali obiettivi scientifici il confronto tra *Ecclesia* e *Respublica*

sul terreno della parità giuridica in quanto *societates perfectae*¹¹².

È opportuno evidenziare la differenza tra le due discipline «sorelle» in modo chiaro ed indiscutibile. Si osservi, a tal proposito, la precisazione di Zallinger: «*Theologia dogmatica explicat characteres seu notas Ecclesiae, ut ea a falsis sectis discernatur. Iurisprudencia ecclesiastica easdem considerat tanquam proprietates, quae rationes fundamentales imperii et regiminis sacris continent; quia et potestas cuiusvis societatis et potestatis usus non modo generali fini, sed internae naturae illius accomodatus esse debet*»¹¹³.

È, quindi, nient' affatto sorprendente che gli autori di opere di *jus publicum ecclesiasticum* si siano serviti del materiale fornito dalla Teologia Fondamentale per nutrire le loro argomentazioni di carattere giuridico¹¹⁴. Oltretutto si ricorda che la maggioranza dei maestri di Würzburg, negli anni della formazione, ha approfondito gli studi teologici parallelamente a quelli giuridici.

Prima tra tutte le argomentazioni utilizzate, secondo un ordine puramente logico, è quella riguardante l'unicità e la verità della Chiesa Cattolica, in un contesto che la vede affiancata da numerose altre chiese, che le contestano le prerogative dogmatiche e costituzionali.

Si rivela indispensabile il ricorso alla Teologia, come fonte di legittimazione delle argomentazioni da opporre alle contestazioni dei protestanti. Dalla Teologia si assume il dato fondamentale secondo cui la Chiesa Cattolica è l'unica e vera Chiesa fondata da Cristo, per cui il termine *ecclesiasticum*, che si affianca a *jus publicum* nella ormai celebre espressione, viene ad indicare, in modo esclusivo ed inconfutabile, il vero *jus quod spectat ad Ecclesiam Catholicam*¹¹⁵. Esso si colloca, in un quadro di complessa convivenza, accanto al *jus ecclesiasticum* che i giuristi protestanti elaborano per le chiese riformate, la cui base è principalmente costituita dei numerosi *jura* riconosciuti ai Principi *in sacra*: la cui base, cioè è costituita dal diritto di produzione statale.

Nella trattazione degli argomenti di *jus publicum ecclesiasticum* il tributo di riconoscenza nei confronti delle fonti teologiche non viene posto in discussione¹¹⁶. Quello che può essere importante sottolineare è come sia presente, però, nei giuspubblicisti cattolici, l'esigenza di evidenziare le differenze esistenti tra teologia e *jus publicum ecclesiasticum*, al fine di tracciare, in modo

¹¹² EMILIO FOGLIASSO, *Efficienza formativa del diritto pubblico ecclesiastico*, cit., pp. 225-226.

¹¹³ JAKOB ANTON VON ZALLINGER, *Institutionum iuris naturalis et ecclesiastici publici*, cit., L. V, cap. I, par. CCCXIX, p. 633.

¹¹⁴ Sul punto vedi le considerazioni di EMILIO FOGLIASSO, *Il compito apologetico*, cit., pp. 65-66.

¹¹⁵ Dello stesso Autore si veda: *Per la sistematicità e la funzionalità*, in *Salesianum*, XXV, 1963, pp. 421-422.

¹¹⁶ GREGOR ZALLWEIN, *Principia iuris ecclesiastici*, cit., T. IV, Praefatio, p. 3.

nitido, i profili, non solo dogmatici, ma anche e, soprattutto, metodologici della nuova disciplina.

Atteggiamento critico e di matura consapevolezza scientifica è quello mostrato da Ickstatt, ad esempio, che ritiene di dover prendere una ferma posizione di distanza nei riguardi della teologia, alla quale, però, pur sempre riserva la discussione sui principi che stanno alla base del *jus ecclesiae universale*¹¹⁷.

In un punto della prefazione alla propria opera il Neller, delineando i tratti identificativi del metodo utilizzato ad imitazione di quello del Mascovius¹¹⁸, evidenzia criticamente come molte delle questioni riguardanti il *jus publicum ecclesiasticum* vengano, contemporaneamente, trattate anche nelle cattedre di Teologia, lasciando intendere quanto sia sottile la linea confine tra le due discipline, e quanto, di conseguenza, sia stretto il vincolo tra queste esistente¹¹⁹.

7. Alcune riflessioni conclusive

Gli esordi del *Jus publicum ecclesiasticum* nel secolo dei Lumi si mostrano ambivalenti sotto il profilo della ortodossia dottrinale. Molto forti sono, infatti, le influenze regalistiche ed episcopalistiche perché non lambiscano anche le convinzioni dottrinali di alcuni promotori della nuova disciplina, i quali si adoperano proprio per disinnescare gli effetti sfavorevoli di tali teorie per la Chiesa Cattolica¹²⁰.

¹¹⁷ JOHANN ADAM ICKSTATT, *De studio juris ordine, cit.*, T. I, cap. II, par. XXIX, p. 67: «Leges adeo, in regimine ecclesiae observandae, ex ipsa ecclesia et religionis indole derivandae sunt: ut proinde definiri possit jus ecclesiae universale per complexum legum naturalium, atque divinarum, juxta quorum normam ecclesia constituenda, conservanda atque restauranda est. Sed has Theologis relinquimus incutiendas; ne in alienam messem falces nostram immittamus».

¹¹⁸ GEORG CRISTOPH NELLER, *Principia iuris publici ecclesiastici, cit.*, Introductio, par. IV, Methodus: «Methodus mea imitari conatur illam, quam clariss. D. Mascovius in Princip. Jur. Publ. tenuit: Brevis est, ac (ni fallor) ordinata, pauca praeterit, eruditioni explicantis multum sermonem aperit, insuperque ad Statum Ecclesiae Germaniae ubique respicit».

¹¹⁹ GEORG CRISTOPH NELLER, *Principia iuris publici ecclesiastici, cit.*, Introductio, par. IV, Methodus: «Juris publici Ecclesiastici doctrinam invenio passim dispersam; vix est, qui illustre hoc studium methodo recenti universum sic uno clausurit libello, ut is facile Antecessoris Catholici lectionibus Academicis queat inservire: Hoc num e voto deinceps praestiturus sim, prodromus iste meus periclitabitur. Multa praesertim quae ad jus publicum credendorum pertinent, prostant in cathedris Theologorum. Canonistae jus Ecclesiasticum publicum tradunt (ed. tradunt) promiscue cum jure privato juxta titulos decretalium, Publicistae et Politici juris hujus capita pertractant in decursu juris publici profani, aliqui selectas de singulari argumento dissertationes ediderunt».

¹²⁰ Certamente ambigua appare l'espressione di uno tra i più noti autori di *jus publicum ecclesiasticum*: «Doctrinam Doctoris Protest. quam ex integro nec approbamus nec reprobamus». GREGOR

Non sorprende, quindi, l'interesse dimostrato dai giuspubblicisti cattolici per la posizione dell'episcopato nell'ambito della costituzione della Chiesa. Va, difatti, ricordato come l'esame dell'origine dei poteri del Collegio episcopale, ed il suo ruolo nel governo della Chiesa, siano argomenti che, da sempre, costituiscono un aspetto costante della riflessione canonistica. In modo particolare contraddistinguono molta parte dell'analisi di impronta costituzionalistica sviluppatasi nei secoli XVIII e XIX, ricevendo, però, un più vigoroso impulso solo dalle conclusioni maturate nel contesto del Concilio Vaticano II.

Una delle più interessanti caratteristiche dell'esordiente scienza del *jus publicum ecclesiasticum* è quella di presentarsi, nel panorama delle tradizionali discipline canonistiche, in una forma che si potrebbe definire ibrida, sia da un punto di vista dei contenuti dottrinali – oggetto materiale – sia da un punto di vista più squisitamente metodologico – oggetto formale – nonostante l'apprezzabile sforzo compiuto al fine di superare schemi già collaudati, ma rivelatisi obsoleti, sull'onda di una tendenza emulativa dell'esperienza giuridica protestante.

Alla luce di quanto si desume dalla lettura delle fonti qui esaminate, il prologo della nuova disciplina si mostrerebbe, invero, come un disorganico insieme di elementi mutuati contemporaneamente dalla teologia, dal diritto canonico e dal diritto secolare e naturale di matrice razionalistica, tanto che il *jus publicum ecclesiasticum* verrà qualificato come disciplina di frontiera¹²¹.

Gli autori di *jus publicum ecclesiasticum*, difatti, non disdegnano di inserire nel contesto delle loro trattazioni un costante richiamo alle leggi costitutive dell'Impero Germanico¹²², impiegate come termine di comparazione con le

ZALLWEIN, *Principia iuris ecclesiastici publici*, cit., T. IV, Q. I, cap. III, par. VI, p. 64. Dello stesso tenore mi sembra anche una precisazione di Neller riguardante il conferimento della *potestas sacra* effettuato da Cristo agli Apostoli, precisazione che rivela la fondamentale omissione di ogni riferimento ai poteri primaziali di Pietro nella descrizione accurata dell'organizzazione gerarchica della Chiesa. GEORG CRISTOPH NELLER, *Principia iuris publici ecclesiastici*, cit., *Introductio*, par. XI: «*Authoritatem istam transfundit in Apostolos, qui post acceptum Spiritum S. regebant Ecclesiam, disponendo disponebant, fidei capita ponebant; conscientiae dubia resolvebant; quae dogmata amplectenda, quae declinando sint, decidebant; Presbyteros et Diaconos constituebant, qui ministrarent, attenderent, regerent*».

¹²¹ ALBERTO DE LA HERA, *Derecho Publico Ecclesiástico y Derecho Canónico*, in *Archivo Jurídico "Filippo Serafini"*, 1989, p. 37.

¹²² Uno sguardo agli indici delle principali opere di *jus publicum ecclesiasticum* rivela la presenza, costante, di numerosi paragrafi, o, addirittura, capitoli dedicati alle leggi nazionali in materia ecclesiastica, o ai Concordati stipulati dai singoli Stati con la Chiesa Cattolica. Ciò dimostra da una parte l'attenzione rivolta alle legislazioni secolari da parte dei giuspubblicisti cattolici, che per certi profili, probabilmente, a queste si ispirano nelle riflessioni condotte sul diritto pubblico della Chiesa; dall'altra la compromettente commistione tra principi di *jus publicum ecclesiasticum* e norme di *jus ecclesiasticum statale*, che rende, spesso, ibridi i trattati di *jus publicum ecclesiasticum*, proprio per la difficoltà di qualificarli genuinamente come tali.

leggi ecclesiastiche, e utilizzano un metodo «astratto» permeato da ispirazioni giusnaturalistiche¹²³.

È condivisibile il rilievo critico, mosso ai rappresentanti della Scuola di Würzburg, di non riuscire a penetrare la natura profonda e peculiare della realtà ecclesiale, essendosi essi soffermati su aspetti puramente naturali e politici¹²⁴, posseduti dalla Chiesa in comune con lo Stato, ma senza giungere a giustificare una totale e limitativa parificazione tra le due *societates*. L'errore di prospettiva commesso dai maestri di Würzburg può essere stato quello di muovere con apodittica persuasione dalla prospettazione dei poteri della Chiesa, senza aver cura di interrogarsi sulla natura intima della Chiesa dalla quale far discendere come corollari le determinazioni sulla sua struttura costituzionale.

Questa considerazione è, però, plausibile se si considera il *jus publicum ecclesiasticum* come la traduzione, in forma giuridica, del livello di conoscenza ecclesiologica raggiunto in un determinato momento del percorso terreno della Chiesa. A tale livello di approfondimento ecclesiologico non si può chiedere di superare i dati di positivazione del *mysteryum Ecclesiae* all'epoca acquisiti.

Le contingenze storiche, oltretutto, impongono di affrontare l'emergenza dogmatica post-riforma attraverso un sistematico lavoro di riaffermazione dei principi dottrinali basilari, posti in discussione ed oggetto di critiche demolitrici.

L'ultimo momento di vero approfondimento ecclesiologico risale, ormai, all'Assise Tridentina, e permane immutata, fino al Vaticano II, l'immagine, maturata in quel contesto, di Chiesa imperniata sull'aspetto gerarchico e verticistico della sua struttura giuridica. Ritengo, quindi, inevitabile che un approccio, più strettamente giuridico, a tale temi possa prescindere da queste indicazioni di fondo.

Si può, oltretutto, rilevare che numerosi canonisti del secolo XVIII, stimolati molto verosimilmente dai progressi raggiunti dalla scienza pubblicistica secolare, coltivano l'interesse per gli aspetti più marcatamente pubblicistici della propria disciplina. Non si dimentichi, inoltre, che i maestri di Würzburg sono anche esperti di *jus civile* e legati da rapporti professionali agli ambienti della politica locale.

¹²³ ALBERTO DE LA HERA - C. MUNIER, *Le droit public ecclésiastique, cit.*, p. 42. Si ricorda a tal proposito quanto affermato da Zallwein: «*Ex Doctoribus Protestantibus, quorum libros mihi usum praebuisse praestantissimum libere fateor, praeter plures alios selegi Bobemerum, Moshemium et Pfaffium (...)*»: GREGOR ZALLWEIN, *Principia iuris ecclesiastici, cit.*, par. XII. Una riflessione più completa sull'influenza del diritto naturale nella scienza del *jus publicum ecclesiasticum* è oggetto di un altro mio studio in via di pubblicazione.

¹²⁴ ALBERTO DE LA HERA - CHARLES MUNIER, *Le droit public ecclésiastique, cit.*, p. 58.

Rilevare, criticamente, insufficienze metodologiche o dottrinali, incongruenze e, perfino, pericolose deviazioni dall'ortodossia, è compito legittimo, ma non impedisce di riconoscere ai giuspubblicisti tedeschi il merito di aver saputo coniugare, all'interno della nuova scienza del *jus publicum ecclesiasticum*, il fine apologetico e il proposito scientifico di esaminare i punti basilari del diritto canonico riguardanti la struttura giuridica fondamentale della Chiesa. Sulla base di tali considerazioni è, a mio parere condivisibile, asserire che i giuspubblicisti tedeschi del secolo XVIII abbiano dato vita ad un primordiale diritto costituzionale canonico.

In sintesi si può concludere affermando che duplice è il contributo che il *jus publicum ecclesiasticum* offre alla scienza canonistica.

Uno è certamente quello di aver inaugurato un metodo innovativo, non del tutto qualificabile come esclusivamente giuridico per via delle forti influenze teologico-filosofiche che caratterizzano la formazione scientifica dei maestri di Würzburg. L'altro merito è quello di aver fornito un'immagine della costituzione della Chiesa, tutto sommato, fedele a quella offerta dai Padri tridentini e consegnata alla tradizione¹²⁵ fino alla riflessione conciliare del secolo scorso.

¹²⁵ L'immagine bellarminiana di *coetus* è talmente potente da influenzare anche alcuni giuristi protestanti, che utilizzeranno nei loro trattati di *jus ecclesiasticum* ad uso delle Chiese riformate, seppur adattandola con disinvoltura alla diversa visione ecclesiologicala di *collegium aequale*. Tra tutti si veda, ad esempio, JOANNIS BRUNNEMANNI, *De Jure Ecclesiastico, tractatus posthumus, cit.*, Lib. I, *De jure Personarum Ecclesiasticarum*, cap. I, *De Ecclesia ipsa ejusque definitione*, p. 1: «Ecclesia est coetus hominum per praedicationem verbi et administrationem Sacramentorum, ex mundo ad Regnum Dei vocatorum, et agnoscentium et coequentium Deum Creatorem Coeli et Terrae, Unum (...)».

*Unità fondamentale della Chiesa nella diversità degli uffici e dei carismi**

GUIDO SARACENI

1. Sappiamo tutti che il Concilio Vaticano II, rispondendo alle istanze di aggiornate dottrine ecclesologiche, ha elaborato, particolarmente nella *Lumen gentium*, nell'*Apostolicam actuositatem*, nella *Gaudium et spes*, una teoria del laicato che la *Croix* (31 gennaio 1989), in consonanza, del resto, col pensiero di Giovanni Paolo II (*Christifideles laici*, 2), non esita a definire “splendida”, a tal punto, vorremmo aggiungere, che negli elementi fondamentali di essa (e non soltanto nella *Lumen gentium*) ci sembra facile ravvisare il sapore del dogma, anche se non assistito da formale definizione. Necessarie e legittime le successive speculazioni teoriche per penetrarne e dichiararne i genuini contenuti: non mancano, pur tra le migliori intenzioni (purtroppo, la cultura e la storia conoscono in ogni momento conservatori e progressisti, destre e sinistre!) eccessi interpretativi e fughe in avanti (si vorrebbe, ad esempio, da qualche parte, con sfoggio di dottrina, una *Chiesa laica!*), ma, nel frastuono, il magistero torna a fare il punto, prima con il Sinodo dei Vescovi (1-30 ottobre 1987), con i Padri «sui sentieri del Concilio» e aperti alla «luce delle esperienze personali e comunitarie di tutta la Chiesa» (Giovanni Paolo II, *CL*, 2), infine

* Il figlio Enzo – legato con affetto e con orgoglio alla memoria del padre – mi ha affidato (e gliene sono grato) queste brevi note che Guido Saraceni, illustre Maestro delle nostre discipline e rimpianto Amico, gli aveva consegnato negli ultimi tempi della sua lunga vita operosa: gliel’aveva “date a leggere” perché le meditasse. Sono pagine scarse: rapidi appunti, si può dire, carichi però di quella intelligente capacità penetrativa, e quella scrupolosa devozione ai propri convincimenti culturali e alle proprie certezze di fede, che hanno fatto di Guido Saraceni un esempio insigne di Intellettuale consapevole del proprio ruolo umano: ricco di schietto amore per la scienza, ricco di schietto amore per le grandezze dello spirito che trascendono la scienza. Eravamo lontani nel modo di attuare questo compito: si partecipi d’una comune istanza di promozione umana, ma in ragione di diverse scale di valori. Eppure proprio questo nostro essere diversi ci dava modo di confrontarci con profitto così da trarre insegnamento dalla nostra reciproca lealtà. Penso che rendere pubblico adesso questo scritto non sia soltanto un atto di riverente omaggio al vecchio Amico e Maestro, ma ben anche sia un servizio reso a quanti credono ancora nella proficuità culturale e umana del confronto dialettico (Piero Bellini).

con la Esortazione apostolica di Giovanni Paolo II *Christifideles laici*, diretta, il 30 dicembre 1988, agli interi componenti della unità ecclesiale.

Non tutto potrebbe ancora darsi per chiarissimo se il Papa annuncia una Commissione che riesaminerà i vari ministeri (cfr. nn. 23-23), gli ordinati e i non ordinati, questi ultimi sia *de iure* che *de facto*, onde si eviti una tal quale «clericalizzazione dei laici» e si riveda, aggiornandolo, il motu proprio *Ministeria quaedam* di Paolo VI e, ancora, ipotizza (nn. 30-31) un'altra Commissione per «accertare la corrispondenza o meno dei vari gruppi e movimenti all'identikit già trattato in *Apostolicam actuositatem*, n. 23.

Ma, quali che siano i responsi ufficiali su temi che, per quanto interessanti, diremmo marginali, resta che il documento pontificio è imperniato *ad unguem* sui fondamentali principi dottrinali del Vaticano II quali, peraltro, vissuti nella consapevolezza delle successive esperienze pastorali della Chiesa universale, talché il medesimo ha ben potuto essere considerato un *vade-mecum*, un mansionario, una *summula* di quanto, dal Concilio ad oggi, «è venuto maturando circa la dignità (l'essere) e il ruolo (l'agire) dei fedeli laici «nella Chiesa e nel mondo, *ad intra* e *ad extra*», e persino (si è detto, in termini costituzionalistici), una “*magna charta*” per il passaggio dalla teoria a una autentica pratica ecclesiale.

Di tali principi richiamiamo, ora, con brevi tratti di penna, quanto ci è sembrato essenziale per innestarvi il nostro specifico argomento.

2. Nella Chiesa – nuovo popolo di Dio, uno ed unico, i laici, «nell'uguaglianza sostanziale di tutti i battezzati in Cristo» (CF, 15) e accomunati nel sacerdozio comune a tutti i *Christifideles*, pur nelle rispettive posizioni soggettive e funzionali (di fedeli laici, appunto, di chierici, di consacrati), assumono i contenuti positivi della loro missione (resta col nuovo *codex* il dato negativo: “laico=non-chierico”) in due tratti fondamentali, l'uno comune, di partecipazione corresponsabile, con le altre componenti ecclesiali, alla generale missione della Chiesa, e l'altro specifico (il *peculiare officium* del can. 225, § 2), rappresentato, tipologicamente, dalla propria e differente modalità di partecipazione alla stessa missione, indicata dal Vaticano II come «indole secolare».

È questa la *duplice chiamata* alla risposta dell'apostolato laicale, in cui *pare e non par vera* la distinzione tra la funzione spirituale, istituzionalmente ecclesiale, di produrre i «segni dello spirito» (GS, 14) per l'«ascesi alla santità» (*ibidem*, 16), nella «dilatazione del regno di Cristo» (*ibidem*, 16) e il compito, inseparabilmente connesso alla stessa funzione (cfr. AA, 5) e propriamente affidato allo “stato” dei laici, di iscrivere, nelle cose temporali, la legge divina (Quadri), così esprimendo – essi – la speranza della fede «attraverso le struttu-

re della vita secolare» (LG, 35), come «collaboratori di Dio, nella edificazione e nella cura delle cose terrene» (AA, 15), ricordando che «nessuna attività umana può essere sottratta al comando di Dio», che, peraltro, ogni sforzo va compiuto per distinguere e, all'un tempo, armonizzare diritti e doveri in quanto, essi ancora, incorporati alla Chiesa e in quanto membri della società civile (LG, 36). E si tenga presente che abbiamo parlato di "specificità", che (si badi bene) non significa affatto "esclusività, ma, piuttosto, vocazione speciale, dovere precisamente determinato, in pratica, intensità di grado nella «cura» – come si esprime il can. 225, § 2 – «di animare e perfezionare le realtà temporali con lo spirito evangelico, rendendo testimonianza a Cristo <...> nell'esercizio dei compiti secolari». Non va, infatti, dimenticato che tale opera, in via individuale o associata, per qualificarsi, in senso ampio, ecclesiale, non può che svolgersi nella *communio ecclesialis*, dove la gerarchia non ha la missione, e nemmeno per sé la competenza, di intervenire «*in iis quae artis sunt*» (nelle cose tecniche), ma dove essa ha il dovere gravissimo, se i laici debbono davvero come debbono essere collaboratori di Dio creatore, redentore e santificatore dell'universo temporale, di insegnare e interpretare autenticamente i connessi principi dell'ordine morale. Da questo punto di vista, della "*communio ecclesialis*", come "luogo" dei fedeli laici nella Chiesa e nel mondo, l'esortazione apostolica post-sinodale, cui abbiamo accennato, è di una chiarezza perentoria, quando, a più riprese, e alla concrete finalità dello "slancio missionario", insiste sulla "*conspiratio*", sul coinvolgimento "*in solidum*" di tutte le componenti ecclesiali, in particolare, sulla *corresponsabilità* degli stessi fedeli laici nella Chiesa-missione, dell'azione indivisa nell'evangelizzazione e promozione umana integrale. In tale concezione integralmente comunionale, pur nella diversità degli uffici e dei carismi, si riafferma l'*unità fondamentale* della Chiesa della *Lumen gentium* e viene bandito ogni spirito enfatico o, addirittura, polemico, di carattere rivendicativo o contrappositorio di un *populus fidelis* che voglia insinuarsi in una preminenza concettuale sulla gerarchia, quando l'ordinamento ecclesiale, teologico e giuridico, pur nella grandezza assegnata nell'*ordine dei mezzi* ai servizi affidati al clero, è, per volere fondazionale di Cristo, da ritenere, al di là dell'increscioso dualismo "clero-laici", tutto, nell'insieme, preordinato, «*cum et sub Petro*», all'unica fondante missione della Chiesa. A codesta ecclesiologia comunionale e partecipativa, tutta del Vaticano II, appare ispirata l'intera Esortazione del Papa, per il quale la *Sinodalitas effectiva* (con prelati e larga partecipazione dei laici) vissuta durante lo svolgimento del Sinodo va prolungata, nel tempo, quale *Sinodalis affectiva*, come metodo più appropriato della collaborazione collegiale nell'essere Chiesa all'interno della comunità ecclesiale e nei confronti del mondo.

È ovvio che, in codesta azione a sostrato comunionale, diventa sempre più difficile quella distinzione di competenze tra lo spirituale e il temporale, tra ciò che è della città terrestre (di Cesare) e ciò che è della città celeste (di Dio), sulla quale si sono affaticati, con risultati mai definitivi, secoli di storia, spesso tempestosa, di dottrine irresolute, da Marsilio da Padova ad oggi, le une e le altre, tuttavia, imperniate sui rapporti *inter-potestates* che, con il progredire delle moderne esperienze socio-politiche-culturali, vanno, piuttosto, orientandosi verso rapporti tra cittadini portatori di concezioni diverse che, nel confronto faticoso, nei sistemi stabiliti e nella evoluzione dei medesimi, cercano faticosamente i punti delle possibili convergenze. Non ci possiamo, qui, dilungare sul preciso argomento. Vorremmo solo rilevare, in particolare per l'azione dei laici «*in mundo huius temporis*», come la classica distinzione tra spirituale e temporale, così difesa, fino al pre-concilio, dal Maritain, risulta messa in sordina dalla *Gaudium et spes*, dove (può sembrare strano) non resta traccia del termine “temporale” (non così però in altri testi conciliari: cfr. AA, 4; *ibidem*, 7). Ora è giusto che vi abbia fatto riferimento il nuovo legislatore canonico (can. 225 e alcuni successivi) che, ai fini di disciplina positiva, ha trovato nelle «realità temporali» contenuti di immediata percezione e di relativo impegno teologico: è giusto, ancora, che i testi, a fini pratici, (*Evangelium nuntiandi*, 70; Esortazione post-sinodale, 23) e gli studiosi ne tentino elencazioni e classificazioni. Ma la cosmovisione offertaci dal Sinodo dei vescovi ci avverte come, dinanzi alle innumerevoli realtà umane emergenti, con aspetti e significati diversi, per tempo e per luoghi, non vi abbia elenco che possa ritenersi completo e tanto meno terminologie dai significati in tutto omogenei (si pensi al concetto di famiglia nella società industrializzata e in quella tribale). Gli è che, «in quest'ora magnifica e drammatica nella storia» (CL, 3), le singole realtà temporali si presentano, nella loro crescente specificazione, come prodotto o riflesso di un mondo culturale decisamente orientato a immanentismo personalistico della convivenza umana, in progressiva secolarizzazione, nelle suggestioni di un post-moderno, di un post-industriale, di un post-cristiano, con un *homo faber* rivalutato come Dio in potenza. Sarà da tener sempre presente che, in questo mondo del «*praeter Christum*» prendono corpo, specificandosi, i vari settori di quel temporale riservato all'ambito e alla vocazione cristiana dei laici (cfr. CL, 15).

3. Nel quale ambito (e qui entriamo nello specifico del nostro intervento), si evidenziano in modo marcato le situazioni di sofferenza per malattia che, quasi mistero doloroso della condizione terrena, accompagnano l'umanità e per le quali si accentua maggiormente quell'incertezza da noi segnalata, per la divisione concettuale tra le due sfere, la spirituale e la temporale. Qui, a

noi sembra che, all'interno della comunione ecclesiale, l'azione propria dei laici – al di là di sottigliezze determinative di competenza, come nelle vecchie ma sempre attuali dispute sulle relazioni fra Chiesa e politica – trovi, nella istituzione gerarchica, il competente appoggio istituzionale demandato ad essa dalla storia (ad immagine di Cristo, essa passò nei secoli, beneficiando) e dalla profonda consapevolezza, nella propria missione, che l'uomo sofferente è via della Chiesa, perché egli è, innanzi tutto, via di Cristo (CL, 53), nella quale convergono al massimo livello gli interrogativi umani, e, a questi, la risposta cristiana circa i problemi storici e metafisici della sofferenza per difetto di salute. E qui il campo dell'evangelizzazione per il laicato, come subito diremo, è, davvero, vasto e dilatante, perché vi si combatta e vi si accetti in modo autentico la sofferenza (Scheler, in *Civ. Catt.*, 1° marzo 89, n.332).

* * *

È ben noto come, tra i nuovi orizzonti dommatici e giuridici, dispiegatisi nella *Ecclesia Christi* col Concilio Vaticano II e col nuovo *Codex iuris canonici*, si inseriscono, con particolare ampiezza, quelli concernenti il laicato cattolico, nella relativa partecipazione alla missione divina della salvezza, quale precisata da un magistero sempre teso a chiarire, ed eventualmente a dichiarare, quanto, nel *depositum fidei* sia di risposta all'evolversi della storia e del tempo.

Nella ecclesiologia della *Lumen gentium* e di altri testi conciliari (in particolare, il decreto *Apostolicam actuositatem* e la Costituzione *Gaudium et spes*), i laici si distinguono dagli altri membri del Popolo di Dio (ordinati *in sacris* e religiosi) in una "tipologia" di "secolarità" (Bogliolo, *Il decreto sull'apostolato dei laici*, Torino, 1966, p. 40), adeguatamente intesa. Essi, cioè, senza appartenere né all'ordine sacro né agli Istituti di vita consacrata, ma incorporati a Cristo mediante il battesimo, sono resi partecipi dell'«ufficio sacerdotale, profetico e regale di Cristo» e «per la loro parte compiono nella Chiesa e nel mondo la missione propria di tutto il popolo cristiano» (LG, 31).

Da ciò, un apostolato proprio dei laici che non viene dalla gerarchia, come *per delega*, ma si incardina nel battesimo e si arricchisce nella conferme, per animarsi nella carità, quale principio vivificatore di ogni azione apostolica.

Tale apostolato risponde a una duplice *chiamata* dei laici: l'una che li vuole a una vera funzione spirituale, istituzionalmente ecclesiale, quale quella di «produrre sempre più i segni dello Spirito» (LG, 34), di «contribuire con tutte le loro forze all'incremento della Chiesa e alla continua ascesa nella santità» (*ibidem*, 36); l'altra, alla prima commessa inseparabilmente (cfr. AA, 5), ma riconosciuta come *specificata* dello "stato" laicale di «ordinare tutte le

cose temporali in modo che sempre siano fatte secondo Cristo» (LG, 31), la cui «opera di redenzione <...> abbraccia pure l'instaurazione dell'ordine temporale» (AA, 5).

Esprimere la speranza della fede «attraverso le strutture della vita secolare <...> e nelle comuni condizioni del secolo» (LG, 35), farsi «collaboratori di Dio, nella edificazione e nella cura delle cose terrene» (AA, 16) aventi un «valore proprio in esse riposto da Dio» (*ibidem*, 7), ricordare che se «nessuna attività umana può essere sottratta al comando di Dio», ogni sforzo deve essere compiuto per distinguere e, ad un tempo, armonizzare diritti e doveri in quanto aggregati alla Chiesa e in quanto membri della società civile (cfr. LG, 36): ecco quanto i laici riterranno particolare alla loro funzione di «animare e perfezionare con lo spirito cristiano l'ordine temporale» (AA, 4), tenendo presente l'importanza dell'esercizio, non soltanto individuale ma associato, dell'apostolato «in spirito di unità <...> come segno della comunione e della Chiesa in Cristo» (AA, 18).

Nei testi conciliari, cui ci è sembrato di poter attingere direttamente per una chiara enunciazione della essenza dell'apostolato laico, si trovano elencate talune *realità* (elenco, quindi, non esaustivo) che costituiscono l'ordine temporale: i beni della vita, della famiglia, la cultura, l'economia, le arti e le *professioni* [nostro il rilievo], le istituzioni della comunità politica, le relazioni internazionali e così via» (AA, 7), realtà fornite di «bontà naturale» che «riceve una speciale dignità dal rapporto che esse hanno con la persona umana a servizio della quale sono state create» (*ibidem*). Ed è per tale servizio alla persona umana che, in seno alla considerata realtà, un posto a sé vien dato, appunto, a quanto assume aspetto di opera caritativa in cui si fondono spirituale e temporale e in cui, azione laicale a parte, la stessa Chiesa, a immagine del Fondatore *che passò beneficando*, rivendica il proprio diritto-dovere inalienabile di intervento (AA, 8).

Leggendo i testi densi di dottrina e di prospettive pastorali, sbiadiscono, come in un ricordo, teoriche e dispute che hanno alimentato il vecchio, sia pur glorioso, diritto pubblico ecclesiastico sui rapporti tra la «città di Dio» e la «città dell'uomo»: non più avversione ma collaborazione (cfr. anche art. 1, Accordo di modificazione del Concordato lateranense), non più «preordinazione», «inframmettenze», non più «poteri», comunque, in quanto tali, li si voglia concepire, della Chiesa sul «civile», ma «autonomia» della società civile e delle cose terrene, salvo il «giudizio morale» della stessa Chiesa «su cose che riguardano l'ordine politico, quando ciò sia richiesto dai diritti fondamentali della persona e dalla salvezza delle anime» (GS, 76). Non che risultino del tutto superate talune perplessità interpretative sulla *magna divisio* del «*quod Caesari Caesari, quod Dei Deo*», quando (hanno bene osservato i

Vescovi di Spagna: *Osservatore Romano*, Documenti, 12 luglio 1986) «anche col suo essere, con valore e leggi proprie, il mondo secolare è di Cristo e a Lui destinato». Delle stesse «cose tecniche» («*de iis quae artis sunt*»: Pio XI, Enciclica *Quadragesimo anno*) si può dubitare se sempre e in ogni caso, almeno *per intentionem finis* (inseparabile questa da ogni atto umano), esse possano sottrarsi, in una sorta di situazione pre-etica, al giudizio morale, tuttavia va riconosciuto che il nuovo criterio conciliare dell'«autonomia del temporale» offre una risposta moderna alle esigenze della *secolarità*, proprie del mondo di oggi, in cui la Chiesa può guardare con maggiore fiducia, al ruolo sempre più spirituale della propria missione. Il concetto è chiaro, anche se esso e il relativo stile impongono la trasposizione della autonomia dalle *cose* alle *persone* che operano nelle stesse cose e, tornando alla funzione del laicato, entri tale autonomia, se può cogliere l'idea centrale così come ben percepita da S. Quadri: «... i laici come gli altri uomini, se mai più degli altri uomini, sono chiamati a costruire la città terrena; come cristiani son chiamati a iscriversi la legge divina. L'autonomia delle due città è così ribadita <...>. Tocca alla coscienza del laico operare l'unità rispettando l'autonomia della città terrena e donando ad essa la ricchezza del Vangelo» (cfr. *Decreto apostolato dei laici*, pp. 633 s.).

Principio di legalità e ordinamento canonico

GIUSEPPE SCIACCA

Se taluni istituti giuridici, quali l'«*aequitas*» e l'«*epicheia*», son peculiarissimi del diritto canonico sino a indurre qualche studioso¹ a escluderne ogni derivazione concettuale e financo ogni tangenza – per quanto ai più manifesta e acclarata – con gli analoghi istituti rinvenibili in ambito civilistico², viceversa il principio di legalità, «*suaapte natura*», appare essenziale di ogni ordinamento giuridico civile proprio di uno stato democratico o, meglio, proprio di ogni tipo di stato di diritto, principalmente quello di origine democratica³.

Tuttavia, intendiamo avvertire fin da subito che non si intende qui negare che possa esistere, al riguardo, un punto di congiungimento fra ordinamento canonico e ordinamento civile e che quindi comune possa essere a entrambi gli ordinamenti il concetto di un principio di Legalità che, per così dire, è immanente alla stessa norma, o a che ad essa preesista: tale concetto comune risiede nella centralità della dignità della persona umana che tutti gli stati di diritto contemporanei pongono come principio-base delle loro costituzioni. La Chiesa su questo punto è all'unisono con tutti gli ordinamenti, ad una

¹ Questa la concezione di Pio Fedele, secondo cui «*l'aequitas canonica racchiude in sé un concetto canonistico originale, senza alcun riscontro nel diritto romano o in altro ordinamento giuridico secolare*». PIO FEDELE, *Lo spirito del diritto canonico*, CEDAM, Padova 1962, p. 245, n.I.

² «*L'epicheia rimane pertanto tra gli istituti più caratteristici del dir.can. a denotare l'elasticità e adattabilità di questo alle più varie circostanze*», così, fra i moltissimi AA. che si possono al riguardo citare, VINCENZO DEL GIUDICE, in *Privilegio, dispensa ed epicheia nel dir.can.*, Guerra, Perugia, 1926, p. 52; *confer etiam* PIER GIOVANNI CARON, *Aequitas romana, misericordia patristica ed epicheia aristotelica nella dottrina dell'aequitas canonica*, Giuffrè, Milano 1971; MARIO FRANCESCO POMPEDDA, *L'equità nell'ordinamento canonico* in *Studi di diritto processuale Canonico*, Giuffrè, Milano 1995, pp. 243-282; FRANCESCO D'AGOSTINO, *Dimensioni dell'equità*, Giappichelli, Torino 1977; sulla dispensa vd. SALVATORE BERLINGO, *La causa pastorale della dispensa*, Giuffrè, Milano 1978; EDUARDO BAURA, *La dispensa canonica dalla legge*, Giuffrè, Milano 1997.

³ SEBASTIANO SAIITA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello stato democratico*, Cedam, Padova 1969.

sola condizione tuttavia, che cioè l'uomo non sia considerato siccome sganciato da un principio ontologico che lo predica recante il sigillo di figlio di Dio e perciò insignito d'una irrinunciabile dignità, che già la razionalità può cogliere all'interno di una morale o di una legge iscritta nella natura stessa dell'uomo.

Il Card. Herranz, scrivendo già al riguardo nel 1968⁴, avvertiva che il principio di legalità nella Chiesa non può essere inteso quale derivato dal principio della "sovranità popolare", alla stregua cioè di quanto avviene negli stati di diritto contemporanei.

Sin dagli inizi degli anni Cinquanta del secolo scorso, un fine giurista come il compianto prof. Luigi De Luca – dopo aver ribadito che «*la Chiesa respinge sempre più il principio della sovranità popolare*» – si chiedeva: «*ma devesi forse allora concludere nel senso che i diritti fondamentali dell'uomo rimangono all'arbitrio della Chiesa, sì che questa potrebbe eventualmente sacrificarli o comprimerli a suo piacimento? Si deve cioè concludere nel senso della impossibilità di concepire una tutela degli interessi – sia pur di quelli fondamentali – degli individui nell'ordinamento della Chiesa?*». E precisamente il De Luca rispondeva: «*No; certamente, no*», e continuava enumerando i diritti fondamentali riconducendoli al diritto naturale, per cui essi «*possono essere ben a ragione considerati come limite ai poteri stessi della Chiesa, sia nell'esercizio della sua potestà legislativa, che in quello delle potestà giurisdizionale ed esecutiva. Dappoiché un qualsiasi atto, legislativo, amministrativo o giurisdizionale, che violi un diritto fondamentale dovrà essere ritenuto irrationabilis, come quello che è in contrasto con una norma di diritto divino*»⁵.

E invero alcuni principi del Concilio Vaticano II aiutano, per così dire, a trasferire il concetto di principio di legalità all'interno delle coordinate canoniche.

«*Dignitatis Humanae personae homines hac nostra aetate magis in dies conscii fiunt... itemque postulant iuridicam delimitationem potestatis publicae, ne fines honestae libertatis et personae et associationum nimis circumscribantur*»⁶.

«*Ut civium cooperatio, cum officii conscientia coniuncta, in cotidiana publicae rei vita effectum suum felicem attingat, requiritur positivus ordo iuris, in quo conveniens divisio munerum et institutorum auctoritatis publicae atque simul*

⁴ JULIAN HERRANZ, *De principio legalitatis in exercitio potestatis ecclesiasticae*, in *Acta Conventus internationalis canonistarum* 1968, Romae 1970, p. 221 ss.

⁵ LUIGI DE LUCA, *I diritti fondamentali dell'uomo nell'ordinamento canonico*, in *Acta Congressus Juris Canonici* 1950, Romae 1953, p. 92 ss.

⁶ CONCILIO VATICANO II, Decl. *Dignitatis Humanae*, n. 1.

efficax tuitio iurium, neminemque obnoxia, instaurentur»⁷.

Infatti, seppur questi principi conciliari si riferiscano alla società umana, essi possono senz'altro essere acquisiti dalla società ecclesiale.

E la stessa commissione per la revisione del codice non ha mancato d'annoverare fra i principi ispiratori della nuova legislazione l'affermazione e la tutela dei diritti soggettivi propri dei fedeli in ragione della loro dignità umana e battesimale⁸.

Il principio di legalità, sin dalla sua più immediata e generale formulazione concettuale, applicabile in ogni tipo di ordinamento, postula che l'amministrazione agisca sempre secondo la legge e secondo questa soltanto.

Ciò trova un'inequivoca ricezione e conferma nell'art. 15 della Cost. Ap. *Pastor Bonus*, mentre – nota Ilaria Zuanazzi in un pregevole saggio dedicato al principio di legalità – «l'affermazione esplicita di questa regola in senso stretto, come subordinazione dell'attività amministrativa ... viene ripresa nel Codice di diritto latino nei cann. 33 § 1 (decreti generali esecutivi), 34 § 2 (istruzioni) e 38 (atti amministrativi singolari)»⁹.

Esso garantisce un legame inscindibile fra l'amministrazione e la legge, sicché rappresenta l'esigenza, irrinunciabile, di tutelabilità del soggetto (sia che si tratti di singoli o di comunità di persone) nei confronti dell'Autorità amministrativa: «il rispetto della legge, infatti, non può avere alcun altro significato, se non quello di garantire il cittadino da indebite aggressioni nella sua sfera giuridica, di diritti o di interessi; questa garanzia si attua, dando a chi sia lesa da atti dell'autorità la possibilità di impugnarli a causa di una violazione della legge»; così il Satta, riferendosi ad ambito meramente civilistico¹⁰.

Nell'ordinamento civile e in qualsiasi tipo di stato di diritto esiste una invalicabile divisione tra i poteri, che fu il risultato di una lunga e faticosa conquista.

Se per gli Antichi il giudice è «*pater et filius iustitiae, legibus solutus*», agli inizi della Modernità – e ciò avviene con Hobbes – si consuma un processo per cui il giudice, e quindi l'esercizio medesimo della giurisdizione, altro non è che una delle tante figure assunte dall'onnipotenza poliedrica del sovrano assoluto. Giudizio e sovranità coincidono¹¹.

⁷ CONCILIO VATICANO II, Const. Past. *Gaudium et Spes*, n. 75.

⁸ *Principia quae Codicis Juris canonici recognitionem dirigant*, Tip. Poligl.Vatic. 1967, pp. 13 e 2.

⁹ ILARIA ZUANAZZI, *Il principio di legalità nella funzione amministrativa canonica*, in *Ius Ecclesiae*, v. VIII n.I (1996), p. 48.

¹⁰ SEBASTIANO SATTA, op. cit., p.11.

¹¹ Cfr. MASSIMO LA TORRE, *Il giudice, l'avvocato e il concetto di diritto*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2002, p. 21.

Nel celeberrimo – ed altrettanto celebrato – Libro XI dell’*Esprit des lois*, (I, XI, c.6), Montesquieu opera quella formidabile distinzione fra i poteri che sta alla base della nostra civiltà giuridica statale¹².

Nell’ordinamento della Chiesa – come ognuno sa – non esiste la divisione dei poteri: la pienezza della «*potestas regiminis*» è, infatti, a livello universale concentrata nel Romano Pontefice e, a livello locale e subordinatamente, nel Vescovo diocesano¹³.

Tuttavia distinti ne sono l’esercizio e le competenze.

«*La stessa tripartizione delle funzioni di giurisdizione, da cui deriva la costruzione di un regime giuridico distinto dall’amministrazione – nota Ilaria Zuanazzi nel saggio citato – venne introdotta nella Chiesa sull’esempio degli ordinamenti statuali. Il primo documento che adottò formalmente lo schema tricotomico fu l’enciclica Quas Primas di Pio XI dell’11 dicembre 1925 (AAS, XVII (1925), 599)*»¹⁴.

Per cui, «*ammesso questo principio (della tutela dei diritti) è necessario distinguere chiaramente le diverse funzioni del potere ecclesiastico, cioè legislativa, amministrativa e giudiziaria, e si deve determinare concretamente quali organi esercitano ciascuna di queste funzioni*», così già nei «*Principia quae Codicis Juris Canonici recognitionem dirigant*»¹⁵; ed è ovvio – ribadiamo – che non trattasi di divisione di poteri all’interno dell’ordinamento canonico, bensì di divisione di funzioni secondo ed in ragione di ogni singola branca della «*potestas*».

E questo in un’ottica di servizio all’interno della «*communio fidelium*» e per realizzarla in pienezza:

«*Tibi dabo claves...*» (Mt. 16, 19), presuppone, quale fondamento della missione e del servizio, l’amore: «*Tu lo sai che io ti amo*» è la risposta di Pietro al Signore Gesù.

Ond’è che il «*pasci le mie pecorelle*» esprime e ulteriormente stabilisce un rapporto d’amore tra l’investito e il divino fondatore della Chiesa.

Da ciò l’irriducibile diversità – che rende arduo financo un rapporto di mera analogia – fra l’Autorità ecclesiastica, il cui fine è l’«*aedificatio Corporis*

¹² «*In iure civili diversus est sensus distinctionis vel etiam divisionis illarum potestatum ... quia diversa est societas ac societas fidelium. In societate civili admittitur divisio non solum quo tutior reddatur vita hominum in Re publica cum aequilibrio dissimilium potestatum, sed etiam ad illum finem ut omnes subditi legum secus concives imperio subiecti, protegantur contra omnes auctoritatis abusus*». SEBASTIANO VILLEGIANTE, *De iuribus et de causis iurium*, in *Ephem. I.C.*, 1974, p. 13.

¹³ Conc. Vat. II, Cost. Dogm. *Lumen Gentium*, nn. 19-24; CJC cann. 331, 333, 391 § 1.

¹⁴ ILARIA ZUANAZZI, cit., p. 47.

¹⁵ PONTIFICIAE COMMISSIONIS CODICI IURIS CANONICI RECOGNOSCENTO, in *Communicationes*, 2, 1967, n. 7, p. 14.

Christi», e l'autorità statale che persegue il raggiungimento del *bonum commune* orizzontale e terreno, con mezzi suoi propri.

«Il punto essenziale – osservava con acume Orio Giacchi, parlando di chi esercita un ministero ecclesiastico – è che il suo rapporto con l'ordinamento non è quello di un uomo di potere con il sistema da cui quel potere emana, ma quello di chi riceve un messaggio di amore da realizzare nel quadro di un insieme di norme e di strutture in cui quell'amore sta alla base»¹⁶.

Ciò rende pretestuosa la dicotomia fra «*Ecclesia spiritualis*» ed «*Ecclesia iuris*».

La natura medesima della Chiesa e la sua conseguente struttura societaria quale «*communio fidelium*», considerata nella sua totalità, postula e perentoriamente esige di essere normata a salvaguardia dei diritti della persona all'interno dell'ordinamento canonico.

Sì, perché anche Pietro ha come limite invalicabile il diritto divino naturale e il diritto divino rivelato.

Una «*Ecclesia spiritualis*», teorica e astratta, non esiste; non è esistita nella volontà del Signore e non esiste nella realtà storica, poiché un essere spirituale puro e sganciato dall'umano condurrebbe ad una realtà che non può essere quella della Chiesa fondata da Cristo, bensì qualcosa di diverso:

«La costituzione della Chiesa è insieme *pneumatica* e *istituzionale* – avvertiva già nel 1973 Paolo VI parlando ai Partecipanti al 2° Congresso Internazionale di diritto canonico – *la Chiesa è mistero di salvezza reso visibile dalla sua costituzione di vera società umana e dalla sua attività nella sfera esterna. In tal modo, nella Chiesa, come unione sociale e umana, gli uomini si uniscono in Cristo e, per mezzo di Lui, con Dio, raggiungendo così la salvezza: e lo Spirito Santo è in essa presente e operante in tutta l'estensione della vita di lei. Vale a dire che la Chiesa-istituzione è allo stesso tempo intrinsecamente spirituale, soprannaturale*»¹⁷.

È il medesimo Pietro, pescatore di Galilea e Sommo Pontefice, sempre innestato nella volontà di Dio, e da essa dipendente: è lo stesso uomo divenuto Papa, che resta uomo pur elevato da Cristo stesso al ministero supremo, e come lui sono e restano uomini tutti coloro che vengono investiti d'un ministero ecclesiale e resi partecipi di una ben precisa competenza: una distinzione, pertanto, tra «*Ecclesia iuris*» ed «*Ecclesia spiritualis*» non è consentita, non essendo concepibile una *Ecclesia iuris* comunque sganciata o avulsa dalla

¹⁶ ORIO GIACCHI, *Persona e ordinamento nella Chiesa*, Vita e Pensiero, in *Ephem. I.C.*, 1973, p. 165.

¹⁷ PAOLO VI, *Discorso al 2° Congresso Internazionale di Diritto Canonico*, 17 settembre 1973, n. 2, in www.vatican.va.

«*Ecclesia spiritualis*», né è possibile pensare – in ragione della dimensione e della dialettica teandrica impressa dall’Incarnazione del Verbo al mistero salvifico – quest’ultima al di fuori di quella.

La «*salus animarum, suprema lex*» (can. 1752) per qualsiasi ufficio, vale non già come bene inteso in senso collettivo, bensì come bene valevole per ogni anima, una per una considerata, ponendosi, in tal modo, in rilievo l’importanza massima del valore della persona umana: il richiamo poi all’equità canonica, posto accanto al principio della «*suprema lex*» nel cit. can. 1752, ci fa quasi toccare con mano l’interesse – giuridicamente esigibile – che tutto l’ordinamento canonico assegna alla salvaguardia della giustizia della persona umana, considerata come bene inerente alla sua stessa dignità: ed è di fronte alla dignità della persona che l’ordinamento giunge a piegarsi, non solo con l’equità cui il singolo ha diritto (cann. 19; 221, 2; 271, 3; 686, 3; 702, 2; 1148; 1752), bensì anche mediante quelle «*tecniche di flessibilizzazione*», quali la «*tolerantia*» (can. 5) la «*lex particularis*» (can. 8), la consuetudine (cann. 23-28), il privilegio (cann. 76 - 84), la supplenza della potestà (can. 144) la sanatoria (can. 1161), la grazia e la dispensa soprattutto (cann. 85-93), intesa come «*relaxatio legis*» nel singolo caso¹⁸.

«*La legge ecclesiastica – scrive autorevolmente il Card. Herranz – suppone che il fine soprannaturale dell’uomo è fondamentalmente personale: esso non è né individuale né puramente sociale. Non è un fine individuale, perché l’uomo più che individuo è persona, e quindi non può essere condotto autoritativamente al suo fine: è lo stesso fedele che deve conseguirlo attraverso l’uso responsabile della sua libertà. E non è neppure un fine meramente sociale, perché non è il Popolo di Dio – considerato esclusivamente come collettività, indipendentemente dai suoi componenti – che tende a questo fine: è ogni battezzato, ogni fedele concreto, che è personalmente chiamato a conseguirlo. Da qui la convenienza che, per rispondere adeguatamente alla suprema lex della salus animarum, l’ordinamento giuridico del Popolo di Dio sia un modello nella tutela efficace dei diritti personali*»¹⁹.

* * *

Ma il principio di legalità non manca di rifrangersi anche in quell’aspetto della *potestas regiminis* rappresentato dalla funzione giurisdizionale e dal suo esercizio.

¹⁸ Cf., *ad hoc*, l’ampio e articolato saggio di TARCISIO BERTONE, SDB, *Persona e struttura nella chiesa – I diritti fondamentali dei fedeli*, in *Problemi e prospettive di diritto canonico*, Queriniana, Brescia 1977, pp. 71-114.

¹⁹ JULIAN HERRANZ, *Studi sulla nuova legislazione della Chiesa*, Giuffrè, Milano 1990, pp. 119-120.

Il giudice ecclesiastico è – come più volte e autorevolmente è stato detto – giustizia animata, colui al quale «*confugiunt homines sicut ad iustitiam animatam*»²⁰; ciò implica altresì che egli stesso animi la giustizia nel caso concreto: «*ufficio senza dubbio nobile e di grande importanza, poiché la sua dignità promana da Dio stesso, che è giustizia assoluta e sorgente della giustizia terrena...*», onde tutti i giudici e precipuamente quelli ecclesiastici «*sono chiamati ad imitare la suprema equità di Dio, giusto e misericordioso, apud Quem non est acceptio personarum*»²¹.

La funzione giudiziaria è esercitata nella Chiesa da organi e persone che godono di potestà vicaria [i giudici diocesani in riferimento al Vescovo Diocesano, gli Uditori della Rota Romana, e i Giudici (Cardinali e Vescovi) della Segnatura Apostolica in riferimento al Romano Pontefice e così, per il foro interno, la Penitenzieria Apostolica].

Il principio di legalità enumera altresì tra i presupposti di fatto della sua applicazione che sia adeguatamente tutelata l'indipendenza e la stabilità dei giudici.

Da questa irrinunciabile istanza fondativa trae origine e ragione l'esenzione dei Prelati Uditori dalla giurisdizione dei propri Ordinari, confermata dall'articolo 15 par. 1 delle «*Normae Romanae Rotae Tribunalis*» del 18 aprile 1994, approvate in forma specifica dal Sommo Pontefice²², anche di recente

²⁰ SAN TOMMASO, *Summa Theologicae*, II IIae, q. 60, a.1.

²¹ Card. JEAN MARIE VILLOT, in *Ephem. I.C.*, 1973-74, v. XXIX, p. 339.

²² «*Iudex, praestito iuramento, ad normam art. 42 § 1, in Rotale Collegium adscitus suum suscipit officium, et iuribus ac privilegiis fruitur Apostolici Tribunalis, Praelatorum Auditorum propriis*», (*Normae Romanae Rotae Tribunalis* 1994), privilegi che non possono essere se non quelli, non abrogati (cann. 20.21) sanciti, (al n. LXXI) dalla Cost. Apostolica del 15 agosto 1934, *Ad incrementum decoris* di PIO XI, (AAS V. XXVI, 14 septembris 1934, p. 497 ss.; nonché dall'Istr. del 31 marzo 1969 *Sive sollicite* in AAS LXI, 1969, p. 334, recepita, detta Istruzione nel diritto liturgico: *Caeremoniale Episcoporum*, ed. typ. 1984, Appendix I, III, n.1207). In quest'ottica, l'art. 3 §2 delle *Normae* e l'art. 41 § 4 del *Regolamento Generale della Curia Romana* 1999, stabiliscono la permanenza degli Uditori nell'ufficio a tempo indeterminato, a differenza di quanto avviene per tutti gli altri uffici, compreso quello di capo dicastero, conferiti «*ad quinquennium*». R.G.C.R. art. 12 § 2. Il S.P. Giovanni Paolo II, con *Motu proprio* dell'8 aprile 2003 ha innalzato dal 74° al 75° anno l'età di cessazione dall'ufficio di Prelati Uditori, quali diventeranno Emeriti se, al compimento dell'età richiesta, avranno almeno per 12 anni esercitato l'ufficio di Uditori (*Normae R.R.T.*, art. § 2). In tal maniera viene operata una sostanziale equiparazione degli Uditori Rotali ai Segretari dei Dicasteri e a tutti i Prelati Superiori della Curia Romana. Alla medesima conclusione perviene l'Em.mo Card. Nicora allorchè, commentando gli artt. 3 e 4 del RGCR – ove si evidenzia una lacuna normativa quanto alla qualità giuridica degli Uditori – così scrive: «*Dopo la pubblicazione del citato Rescritto dell'8 aprile 2003, si sussume che per l'equiparazione fra i Segretari di Dicastero e i Prelati Uditori della Rota, quanto al limite di servizio di 75 anni, dovrebbe risultare meno arduo stabilire giuridicamente quanto ragionevolmente dovrebbe conseguire*». Card. NICORA, in *Commento alla "Pastor Bonus" e alle norme sussidiarie della Curia Romana*. La risposta del 23 maggio 1988 della Comm. per l'Interpr. del CJC, infine, che restringe l'esenzione dei Religiosi nominati Prelati Uditori della Rota in «*iis quae ad exercitium*

recepita da autorevole dottrina²³.

Se, inoltre, il concetto e la natura del principio di legalità, il suo valore e la sua struttura e il suo medesimo significato trovano un limite invalicabile nel suo proprio fondamento che disegna «*ab intus*» i confini del potere discrezionale di cui gode chi è investito del potere amministrativo, l'attività giurisdizionale è, altresì intrinsecamente lo strumento principale di garanzia del principio di legalità per ogni fedele sottoposto alla giurisdizione ecclesiastica, essendo in essa sempre preminente il principio della subordinazione del giudice alla legge.

Nella percezione e nello sviluppo dei predetti concetti, il fondamento di tutto l'ordinamento canonico è pregiudiziale all'intero problema riguardante il principio di legalità: il fondamento ci dice che l'ordinamento va visto dall'interno e che in relazione al rapporto, intecorrente fra legge e potere, tale rapporto non esiste quanto alla prima fonte della Legge, il Romano Pontefice, «*legibus solutus*» che, pur vincolato nella sua attività discrezionale nell'uso e nella interpretazione del diritto naturale, è tuttavia sempre libero nell'applicazione della legge.

E poiché l'idea del rapporto ci conduce ad un confronto tra due entità giuridiche, il Legislatore da un lato e l'interprete-esecutore dall'altro, la garanzia dell'osservanza del principio di legalità sta nella sudditanza dell'interprete alla legge fatta di norme scritte ma ispirata dalla ragione e dall'equità.

«*E d'altra parte la legge ecclesiastica – ammoniva Paolo VI nel 50° anniversario della promulgazione del CJC 1917*²⁴ – *non è solo l'espressione della struttura gerarchica del Popolo di Dio, ma anche il mezzo necessario per la tutela dell'essenza e della libertà sia degli enti morali, sia delle persone fisiche che compongono la Chiesa*»²⁵.

Senza voler qui approfondire le conseguenze del notissimo principio «*Nul-*

proprii officii spectant» (in *Communicationes*, 1988, p.77, n.II), implicitamente conferma la totale esenzione degli Uditori provenienti dal clero diocesano.

²³ LUIGI CHIAPPETTA, *Prontuario di diritto canonico e concordatario*, Roma 1994, p. 1240; LUIGI DE LUCA, *La figura del Collegio dei Prelati Uditori e i rapporti con il Decano*, in AA. VV., *Le Normae del Tribunale della Rota Romana*, LEV, 1997, p. 105; JUAN MANUEL SERRANO, *Persone e uffici maggiori nel Tribunale: i Prelati uditori, il Promotore di Giustizia e il Difensore del Vincolo*, ibidem, pp. 125-126.

²⁴ L'Osservatore Romano, 28.V.1967.

²⁵ «*Fra gli elementi che caratterizzano l'immagine vera e genuina della Chiesa, dobbiamo mettere in rilievo soprattutto questi: la dottrina secondo la quale la Chiesa viene presentata come il Popolo di Dio... e l'autorità gerarchica viene proposta come servizio...; la dottrina, inoltre, per la quale tutti i membri del Popolo di Dio, nel modo proprio a ciascuno, sono partecipi del triplice ufficio di Cristo, sacerdotale, profetico e regale; dottrina alla quale si riconnette anche quella che riguarda i doveri e i diritti dei fedeli, e particolarmente dei laici*». Così la Cost.Ap. *Sacrae Disciplinae Leges*, 25 gen.1983: AAS, 75 (1983), p.II, p. VIII.

lum crimen sine lege poenali praevia» nell'ambito del diritto penale canonico, proseguendo nella nostra riflessione, intendiamo piuttosto ribadire l'urgenza a che ci si attenga al principio di legalità inteso nella più ampia accezione, come obbedienza cioè alle leggi vigenti da parte dell'autorità amministrativa e come, altresì, capace di indurre al rigoroso rispetto di ambiti e competenze, nella distinzione, quanto all'esercizio, dei tre poteri legislativo, esecutivo, giudiziario, scongiurando, in tal modo, interferenze e assorbimenti funzionali da parte di taluni organi a danno di altri.

* * *

Per quel che concerne questo secondo aspetto, ci piace, giunti a questo punto, aprire una parentesi.

Se, infatti, il grandioso principio della Collegialità episcopale ha una manifesta scaturigine teologica, provvidamente riscoperta dal Concilio Vaticano II²⁶, è piuttosto dal principio di legalità, in una con quello di sussidiarietà, che giunge una potente sollecitazione a salvaguardare quella peculiare forma di collegialità o sinodalità permanente, che esiste, «*ex ipsa natura rei*», all'interno della Curia Romana²⁷, a partire dall'istituto del Concistoro (can. 353)²⁸: cosa sono, infatti, le Congregazioni se non «*quaedam Collegia Cardinalium, Collegia plurium Cardinalium, stabili modo instituta*»²⁹, «*Collegi Amministrativi*»³⁰ e, oggi, anche di Vescovi (P.B. art.3 § 3)? Come parimenti collegiale è la composizione della Segnatura Apostolica «*che si presenta analoga a quella delle Congregazioni Romane, comprende dodici membri costituenti un Collegio misto di cardinali e vescovi... in funzione di veri giudici con voto deliberativo*»³¹, e

²⁶ Nota esplicativa previa, nn. 1-2; *Lumen gentium*, nn. 22-23; CJC cann. 330, 336.

²⁷ Sulla originaria «*sinodalità permanente*» delle Congregazioni Romane, notevoli alcune intuizioni di DOMINICUS PRÜMMER, *Manuale Juris Ecclesiastici*, Sumptibus Herder, Friburgi-Brisgoviae 1920, p. 134.

²⁸ «*L'incontro dei membri del Collegio Cardinalizio è una forma in cui si esercita anche la Collegialità Vescovile e pastorale*». Così Giovanni Paolo II nell'allocuzione del 6 novembre 1979 (Cf. *Insegnamenti di Giovanni Paolo II*, Tipografia Editrice Vaticana, vol. II, p. 1061). Il nostro Santo Padre Benedetto XVI con limpida semplicità e chiarezza ha di recente dichiarato: «...*Abbiamo anche altri strumenti, come il Sinodo, il Concistoro, che io ora terrò regolarmente e che vorrei sviluppare, in cui anche senza un grande ordine del giorno si possono discutere insieme i problemi attuali e cercare delle soluzioni*». (*Intervista rilasciata alla TV tedesca, in Osservatore Romano*, 19 agosto 2006).

²⁹ GOYENECHÉ, *Juris Canonici summa principia*, Roma, s.d., p. 244.

³⁰ Card. GIUSEPPE ANTONIO FERRETTO, *La Riforma di Pio X*, in «*Romana Curia a B. Pio X Sap. Cons. reformata*», Roma 1951, p. 41.

³¹ NICCOLÒ DEL RE, *La Curia Romana. Lineamenti storico-giuridici*, Lev, SCV 1998, p. 222.

manifestamente collegiale è, nella sua essenza e funzione, la Rota, Tribunale affidato *ab origine* dai Romani Pontefici ad un Collegio Prelatizio, come ribadiscono le «*Normae R.R.T.*» all'art. 1.³²

Indubbiamente collegiale è il modo di procedere dei Dicasteri al loro interno [Riunioni Interdicasteriali (P.B. art. 22, 23; artt.101-111 Regolamento Generale Curia Romana); Sessione plenaria e ordinaria (artt. 112-117 RGCR); Congresso (artt. 101-111); Consulta (121-122)]; collegiale, infine, risulta l'insieme o il *corpus* articolato dei Dicasteri, «*inter se iuridice paria*» (P.B. art. 2 §2), che compongono la Curia Romana e «*Romano Pontifici adiutricem operam navant in exercitio eius supremi pastoralis muneris*» (P.B. art. 1). È, infatti, nell'osservanza rispettosa di questa che definiremmo «*collegialità intracuriale*» – intesa quale insieme paritetico di organismi riferibili al Romano Pontefice – che la *potestas*-servizio-funzione si fa e si rivela più forte e la consapevole sottomissione alla legge vigente garantirà la partecipazione di ognuno, nella diversità dei ruoli, tesa all'edificazione del Cristo totale nell'amministrazione del buono e del giusto.

* * *

Tornando all'imperativo scaturente dal principio di legalità che attiene all'osservanza delle leggi vigenti, tutte le volte che questo vien meno – e trattasi di eccezioni – hanno luogo i peculiari istituti giuridici caratteristici della «*relaxatio legis*» di cui si è detto prima, e che contengono in sé la ragione giustificatrice della stessa «*relaxatio*».

Si tratta di precisi e formali istituti giuridici, espressioni della discrezionalità di cui gode il potere esecutivo nella Chiesa, che vanno applicati al caso concreto quando ciò sia esigito dalla necessità o utilità per la Chiesa o, comunque, da una «*rationabilis causa, communis*» o privata, che non infrange tuttavia quell'armonico equilibrio esistente fra le diverse forme di funzione della «*potestas*». Tutti gli interventi da parte della autorità esecutivo-amministrativa nei confronti delle leggi ecclesiastiche – poiché solo queste leggi sono dispensabili – che non rientrassero in nessuna delle figure sovraesposte («*tolerantia, lex particularis, consuetudo, privilegia*», etc.) sarebbero da considerarsi alla stregua di un atto di mero arbitrio od abuso di potere.

«*Si delineano così* – leggiamo nel saggio della Zuanazzi³³ che qui ripor-

³² «*Rota Romana est Tribunal, Apostolicae Sedis ordinarium appellationis, constans certo Iudicum seu Praelatorum Auditorum numero qui, e variis terrarum orbis partibus a Summo Pontifice selecti, collegium constituunt.*»

³³ ILARIA ZUANAZZI, cit., p. 63.

tiamo – le *c.d. figure sintomatiche di eccesso di potere, che si desumono dagli elementi contenuti nel provvedimento (difetto dei presupposti o contraddittorietà fra questi e la decisione, manifesta illogicità, mancanza incompletezza perplessità contraddittorietà della motivazione), dal procedimento di formazione dell'atto (incompletezza dell'istruttoria, non rispetto delle regole di pubblicità e di contestazione agli interessati), oppure dal confronto con parametri esterni (errore e travisamento dei fatti, disparità di trattamento, contraddittorietà con altro provvedimento assunto in precedenza, difformità immotivata da criteri di massima o norme interne all'amministrazione), fino a delineare la formula onnicomprensiva di manifesta ingiustizia, che viene spesso usata in connessione con le altre figure*»³⁴.

«I poteri di cui dispone la gerarchia ecclesiastica nell'esercizio della funzione amministrativa – precisa da parte sua il Labandeira – sono ampi, ma... non è possibile pensare che siano arbitrari né che siano limitati soltanto esternamente dal diritto. Ciò è evidente se si ammette l'esistenza di un diritto divino che deve essere sviluppato e positivizzato dal diritto ecclesiastico e del quale questo si alimenta continuamente»³⁵.

In altri termini, la prima fonte del principio di legalità risiede nella sottomissione comune ai governanti e governati, ai principi generali derivati dal diritto divino-naturale e divino-positivo.

Ciò «*costituisce* – continua il Labandeira – *una garanzia per i sudditi giacché ogni potestà che viene da Dio ha l'oggetto, il fine e la modalità di esercizio che Dio le ha conferito e non può essere arbitraria né male esercitata*»³⁶.

L'impossibilità intrinseca alla legge umana di prevedere tutte le situazioni ed i singoli casi possibili fa sì che l'Amministrazione – pur all'interno di limiti generali (can. 18) – goda di un margine di discrezionalità onde poter scegliere i mezzi più adatti al conseguimento delle finalità previste dalla legge, che afferiscano al «*boum publicum*» o «*commune*» (cann. 116, 1201, 1348; 223, 264, 287, 323, 795), senza veruna prevaricazione.

³⁴ Ci si può legittimamente chiedere, a questo punto, se la dottrina abbia sufficientemente riflettuto sull'art. 126 della *Pastor Bonus*, allorché solennemente ivi si annovera, fra i compiti e le competenze propri del Tribunale Apostolico della Rota Romana, il compito di «*iura in Ecclesia tutanda*». Normalmente non si possono tutelare i diritti senza reprimere le violazioni ove mai avessero avuto luogo. In presenza, pertanto, – ci si chiede – d'una «*nottia criminis*» riconducibile ad una delle surriferite figure di eccesso di potere esemplificate dalla Zuanazzi, il Decano della Rota – riconosciuta la competenza del Tribunale Apostolico ex can. 1405 § 3 – potrebbe/dovrebbe procedere, secondo quanto prescrive l'art. 25 § 2 delle Norme Rotali (cf. can. 1431 § 1), conferendo il mandato al Promotore di Giustizia di redigere il libello di accusa e dar vita ad un procedimento giudiziario?

³⁵ EDUARDO LABANDEIRA, *Trattato di diritto amministrativo canonico*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 179.

³⁶ EDUARDO LABANDEIRA, *Trattato...*, cit., Milano, 1994.

Donde l'urgenza di tener debito conto di particolari situazioni locali (can. 473), della grave necessità o causa (cann. 844, 1038) o del perseguimento della «*Utilitas Ecclesiae*» (cann. 269, 304, 1748, ecc.) o del «*bonum Ecclesiae*» (cann. 212, 264, 282, 618), che tuttavia non possono giammai contraddire all'esigenza intrinseca dell'invalicabilità di cui si è detto.

«Le tappe attraverso le quali si è andato sviluppando il diritto amministrativo moderno segnano altrettante vittorie della legalità e del controllo sui poteri esorbitanti dell'Amministrazione»³⁷. E se ciò vale primariamente per l'organizzazione statale, da ciò si posson, tuttavia, cogliere sani principi per la tutela dei diritti della persona nella Chiesa.

È infatti nell'ambito dell'autorità amministrativa che, seppur non esclusivamente, si esprime il principio di legalità che questa attività ispira.

E se è vero che l'esercizio di ogni funzione da parte di chi, nella Chiesa, esercita la «*potestas regiminis*» gode di una sua propria spontaneità che rende legittimo il carattere di discrezionalità che lo accompagna, ben sapendo sia l'«*Auctoritas*» sia l'oratore che ad essa si rivolge, che esiste un limite per entrambi rappresentato dal «*bonum publicum*» – che lo fa essere in concreto nel caso singolo *bonum commune* nel rispetto dell'armonia equilibratrice tra le diverse funzioni della *potestas*, tutte tendenti ad un unico fine – ebbene, il religioso rispetto di siffatto equilibrio costituisce la migliore garanzia per la tutela dei diritti soggettivi e, parimenti, la più efficace prevenzione da ogni rischio di abuso o arbitrio insito, «*in humanis*» nel rappresentante, a vario titolo, d'una pubblica funzione.

Si eviterà, in tal modo, che la «*discretionalitas*» possa quasi fatalisticamente, e malinconicamente, costituire il termine medio tra «*aequitas*» e arbitrio.

³⁷ *Ibidem*, p. 170

*Le prime fonti canoniche e il diritto romano**

MARIO TEDESCHI

Dopo il Concilio di Nicea (325) la Chiesa intensifica i rapporti con il diritto romano. All'universalismo dell'impero viene contrapposta l'universalità della Chiesa. Il Concilio, com'è noto, condanna l'arianesimo "uno dei migliori esempi di psicologia di massa guidata dallo Stato"¹, nei cui confronti la Chiesa doveva pur prendere posizione. In Oriente alle concezioni nestoriane, per le quali in Cristo si univano due diverse persone, divina ed umana, si contrapponevano quelle monofisite. In Occidente il processo di cristianizzazione dava invece notevole impulso alla dimensione giuridica sulla quale veniva strutturandosi la Chiesa. Il diritto universale, di cui era espressione, sarà poi limitato dal Concilio Trullano (692) che promulgherà norme di diritto particolare aventi pari valore, dopo il fallito assedio musulmano di Costantinopoli che sancì un ulteriore distacco della Chiesa orientale da Roma.

Il sistema cesaropapista instaurato dopo Costantino, comportava una supremazia dello Stato sulla Chiesa, il cui diritto veniva a far parte dello *ius publicum*, per cui gli imperatori pretesero di intervenire nelle questioni ecclesiastiche, non solo disciplinari ma anche dogmatiche, emanando leggi contro eresie e scismi, finché Giustiniano, nel confermare il sistema, pose a base dello Stato il sistema teocratico. Nel corso del suo regno, il Concilio di Costantinopoli (536) stabilirà il principio che: "*contra iussum et voluntatem imperatoris nihil in Ecclesia fieri debet*".² Attraverso i domini bizantini in Italia tale concezione attecchì anche in Occidente, ma solo per un breve periodo, mentre in Oriente durò fino al 1453, e cioè alla conquista di Costantinopoli da parte degli ottomani.

* Il presente saggio è destinato agli *Studi in onore* di Piero Pellegrino.

¹ Cfr. WILLIBALD M. PLÖCHL, *Storia del diritto canonico*, vol. I, *Dalle origini della Chiesa allo scisma del 1054*, traduzione a cura di P. Gianni, Cesano Boscone - Milano, Massimo, [1963], p. 113.

² Cfr. MANSI, 8, 970.

Dopo la fine dell'impero romano si instaurò una diversa tendenza, quella dei papi a sostituirsi ai governatori romani. L'arianesimo venne soppresso dai Longobardi, che si convertirono al cattolicesimo, e mitigò le sue pretese anche tra i Visigoti e i Burgundi. L'uso del diritto romano restò così appannaggio dei romani cattolici e del clero (*lex romana Visigothorum*³ e *lex romana Burgundionum* in Spagna⁴).

Anche in Francia i merovingi promulgavano norme ecclesiastiche nelle leggi dello Stato. E al diritto nazionale vennero adattati gli istituti di diritto ecclesiastico romano. Questo non si verificò in Gran Bretagna e in Irlanda, dove le influenze romanistiche furono più tardive.

Oltre al riconoscimento e all'inserimento di prescrizioni giuridiche canoniche tra le leggi statali, lo Stato emanava indipendentemente norme su questioni ecclesiastiche. Il pensiero giuridico romano per tal verso finì con l'influenzare direttamente il diritto canonico che si conformò al diritto romano, in particolare sul piano organizzativo e amministrativo. Nel contempo, il diritto canonico divenne, come si è detto, parte integrante del diritto pubblico. Anche la Chiesa contribuì a cristianizzare il diritto romano volgendolo in tale direzione. Entrambi diritti legati alla realtà ed universali.

Ma se nel mondo romano classico la Chiesa era considerata una corporazione, dopo Costantino, anche per la considerazione avuta da parte del diritto secolare, essa divenne un'istituzione, avente piena personalità giuridica e con capacità di possedere ed ereditare. Il potere legislativo, al suo interno, fu esercitato dai concili generali e dai papi, quello particolare dai concili locali e dai vescovi. Accanto a queste fonti norme di diritto romano vennero canonizzate e, viceversa, norme ecclesiastiche furono riconosciute nell'ambito del diritto statale, i *nomocanones*. Solo il battezzato però era soggetto al diritto ecclesiastico. Secondo Gregorio Magno, i principi di fede dovevano prevalere sulla consuetudine e sullo stesso diritto romano. Il carattere irritante della legge veniva temperato dall'uso della dispensa *post e ante factum* da parte del papa, dei concili e dei vescovi⁵.

Il *Codex Theodosianus* contiene leggi riguardanti questioni ecclesiastiche (III, IX, XV e XVI libro)⁶. Così il *Codex Iustinianus* (I e IV libro), le

³ Cfr. ENRICO BESTA, *Fonti: Legislazione e scienza giuridica dalla caduta dell'Impero Romano al secolo decimoquinto*, vol. I, Milano, 1923-25, p. 40 ss.

⁴ Cfr. *Monumenta Germaniae Historica*, Legum sectio I, tomo II, p. I, Hannover, 1892, p. 123 ss.; GIOVANNI BAVIERA, *Fontes iuris romani anteiustiniani, Pars altera "Auctores" edidit notisque illustravit I. Baviera*, 2° ed., II, Barbera, Firenze, 1940, p. 714 ss.

⁵ Cfr. WILLIBALD M. PLÖCHL, *op. cit.*, p.128.

⁶ Cfr. LUCIO DE GIOVANNI, *Chiesa e Stato nel codice Teodosiano (Saggio sul libro XVI)*, Napoli, 1980.

Compilationes e i *Capitula* di Giovanni Scolastico, la *Collectio tripartita* e i *Nomokanones*.

In Occidente divenne sempre più importante la legislazione pontificia che tendeva ad unificare la normativa ecclesiastica e ad eliminare le fonti apocrife. Tra le numerose *Collectiones*, italiane, africane, francesi, spagnole, la parte più recente delle *Constitutiones Sirmondiane* è data dalla *lex romana canonice compta*, che non costituisce pertanto una tendenza della legislazione⁷.

La recezione del diritto romano tra i testi canonistici richiede un processo di armonizzazione poiché è la Chiesa, con la sua autorità, che deve decidere quali norme possano essere recepite nel proprio ordinamento. *L'utraque lex* pone sullo stesso piano i due sistemi normativi, entrambi emanazione di Dio. Quando da questo sistema si passerà a quello dell'*utrumque ius*, ma siamo già nel periodo successivo a Graziano, allora si accentuerà il problema della superiorità delle norme canoniche, aventi un carattere spirituale, su quelle statali, anche se i due diritti resteranno irrimediabilmente uniti⁸.

In tutto questo periodo, c'è una forte contrapposizione tra la Chiesa orientale e quella occidentale ed è quest'ultima che si pone come diretta erede del mondo romano, nella lingua, nella sede, nelle stesse istituzioni giuridiche, anche attraverso la conferma del primato petrino.

Che una Chiesa in via di organizzazione e di espansione si rapporti alle strutture statuali, è del tutto comprensibile. Un'istituzione ancora non pienamente consolidata vive all'interno di un ordinamento organico, sottoposta alle sue norme, si struttura in parte secondo quel modello. Meno comprensibile è la recezione di norme canoniche tra quelle dello Stato, perché ciò significa che questo attribuisce notevole importanza a tali disposizioni, quando non tende a regolamentare l'istituzione stessa. La fonte unica del diritto è lo Stato per cui parlare di *utraque lex* può apparire arbitrario, perché il momento comune non può essere dato dal diritto divino al quale si rapportano le norme canoniche non quelle civili. Il fatto è anche che noi abbiamo dello Stato una configurazione moderna: in quel periodo il diritto nasce da una molteplicità di fonti (leggi generali e particolari), per cui anche le norme canoniche possono ricevere asilo. Più che di Stato parlerei pertanto di autorità politica. Anche

⁷ Cfr. ALPHONSUS STICKLER, *Historia iuris canonici latini, Institutiones Academicae*, I, *Historia fontium*, Augustae Taurinorum, Apud Custodicum Librariam Pontif. Athenaei Salesiani, 1950; BARTRANDUS KURTSCHIED, *Historia iuris canonici. Historia institutorum ab Ecclesiae fundatione usque ad Gratianum*, ad usum scholarium, reimpressio, Romae, Officium Libri Catholici-Catholic Book Agency, 1951, p. 99 ss.; ANTONIO GARCÍA Y GARCÍA, *Historia del derecho canonico*, 1, *El Primer Milenio*, Salamanca, 1967, Instituto de Historia de la Teología Española, Subsidiaria 1, p. 153 ss.; CARLO FANTAPPÍE, *Introduzione storica al diritto canonico*, Bologna, Il Mulino, 1999, p. 41 ss.

⁸ Cfr. FRANCESCO CALASSO, *Medio evo del diritto, I°-Le fonti*, Milano, Giuffrè 1954, pp. 215 ss. e 391 ss.

la Chiesa non ha ancora assunto l'attuale configurazione. Siamo nei secoli in cui i Padri della Chiesa, in particolare S. Agostino, pongono le basi della sua struttura istituzionale. La vita della Chiesa si articola ancora attraverso piccole comunità, rispetto alle quali i vescovi emanano disposizioni giuridiche particolari. Accanto a queste, le disposizioni generali dei concili – che altro non sono che riunioni di vescovi –, del papa – anch'egli un vescovo –, e degli imperatori, unica singolarità.

A un potere che declina, quello dell'impero romano, che aveva un'impressionante struttura giuridica, si contrappone un'istituzione ecclesiastica allo stato nascente, sicuramente meno strutturata, ma in via di sviluppo. Non v'è pariteticità di posizioni, anche all'interno delle concezioni cesaropapiste e teocratiche. *Lutrumque ius* è di là da venire anche se la teoria gelasiana dei due fori può costituirne l'ideale presupposto.

La *plenitudo potestatis* del papa su tutte le genti cristiane, nel sottrarre la Sede apostolica da qualsiasi giudizio, ribalterà il cesaropapismo bizantino, instaurando un sistema teocratico che si sostanzierà nel *Dictatus papae* e nell'*Unam sanctam* di Bonifacio VIII⁹. Se per Gelasio I i poli erano due, pontefice e imperatore, uno era il corpo di Cristo, secondo un noto passo di Tertulliano¹⁰. Il riferimento al corpo mistico della Chiesa e al corpo mistico della repubblica, avrà le conseguenze, bene evidenziate dal Kantorowicz, che il *sacerdotium* finì per acquisire un aspetto imperiale e il *regnum* un carattere sacerdotale¹¹. “Al corpo naturale di Cristo, quello vero, se ne contrappose un altro, sopraindividuale, quello politico. Due erano pertanto i corpi di Cristo, ai quali corrispondevano i due corpi del re, il *corpus verum* e il *corpus fictum*, anche se tra i due corpi non v'era alcuna analogia, poiché mentre il corpo mistico della Chiesa era eterno, il re era un comune mortale”¹². Questi i frutti più maturi del dualismo gelasiano.

Per S. Agostino solo la *Civitas Dei* ha un popolo, non lo Stato. Nessuna

⁹ Cfr. FRANCESCO ZANCHINI DI CASTIGLIONCHIO, *Christianae rei publicae senatus. Profili di un parlamento medievale*, Roma, Studium Urbis 1979, pp. 27 e 54 ss.; PIERO BELLINI, *Respublica sub Deo. Il primato del Sacro nella esperienza giuridica dell'Europa preumanista*, Firenze, Le Monnier 1981, pp. 9, 98 e 112 ss.; ID., *La coscienza del Principe. Prospettazione ideologica e realtà politica delle interposizioni prelatizie nel Governo della cosa pubblica*, Torino, Giappichelli, Vol. I, pp. 157 e 517 ss., Vol. II, pp. 664 e 759 ss.

¹⁰ Cfr. *Apologeticum*, cap. XXXIX; FRANCESCO CALASSO, *op. cit.*, p. 139 ss.; PAOLO GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Bari, Laterza 2003, p. 109 ss.

¹¹ Cfr. ERNEST H. KANTOROWICZ, *I due corpi del Re. L'idea di regalità nella teologia politica medievale*, introduzione di A. Boureau, Torino, 1989, p. 167 ss.

¹² Cfr. MARIO TEDESCHI, *La respublica christiana e l'idea d'Europa (sec. XII-XIV)*, nel vol. *La Chiesa e l'Europa*, Cosenza, Pellegrini 2007, p. 22.

distinzione egli pone tra Chiesa e Stato. Diversi sono solo i fini¹³.

Per S. Tommaso la Chiesa, corpo mistico di Cristo, diveniva un corpo autonomo del quale il papa era il re. “Le leggi umane erano sottoposte alla legge eterna, alla legge naturale e alla legge divina”¹⁴.

Costituiva un segno di continuità il fatto che il diritto romano restasse in vigore. La necessità di norme uniformi si rinveniva, oltre che nel diritto romano, nell’unicità della legge di Dio. L’unica legge, quella romana, si poneva così in rapporto con quella canonica (*utraque lex*), entrambe attuate per l’autorità del pontefice, per l’appunto la *lex romana canonice compta*¹⁵.

Non mi sembra si possa seriamente sostenere che un diritto che nasce in ambito chiesastico abbia poi lo stesso valore in quello politico o per sistemi giuridici diversi, o che istituti tipici della politica (democrazia, parlamentarismo, costituzione, rappresentanza, pluralismo) abbiano eguale importanza in ambito canonico¹⁶. Ma questo ci porta ben oltre dai limiti prefissati. Al diritto romano universale si sostituirà quello dei singoli Stati nazionali. Il diritto canonico conserverà invece la propria dimensione universale, continuando ad influenzare le concezioni giuridiche degli ordinamenti civili.

¹³ Cfr. S. AURELIO AGOSTINO, *La città di Dio*, a cura del prof. F. Alvaro, vol. I-III, Siena, Cantagalli, 1930, in part. Vol. III (Libro XIX-XXII), p. 105.

¹⁴ Cfr. S. TOMMASO, *Summa Teologica*, Roma, 1886-1887, prima secundae partis, q. XCI-XCVII, pars tertia, q. VIII; M. TEDESCHI, *op. cit.*, p. 23.

¹⁵ Cfr. FRANCESCO CALASSO, *op. cit.*, pp. 139 ss., 161 ss., 215 ss.

¹⁶ Cfr. MARIO TEDESCHI, *op. cit.*, pp. 29-30.

Su alcuni segni di ridimensionamento strategico dei diritti individuali e collettivi nella Chiesa del post-concilio

FRANCESCO ZANCHINI DI CASTIGLIONCHIO

*Preambolo**

La Curia romana è il frutto di una diversificazione evolutiva del clero palatino dal presbiterio in cura d'anime della diocesi del vescovo di Roma; diversificazione dovuta al progressivo incremento delle competenze sovradocesane di quest'ultimo, come patriarca d'Occidente. Sono cioè le esigenze strutturali della politica di difesa dell'autonomia dei vescovi, nel caos politico seguito al collasso dell'impero romano occidentale, ad imporre le modificazioni strutturali che definiscono il profilo della Curia come blocco di potere coeso, articolato in una rete diplomatica di dimensioni transnazionali (di cui l'idea stessa di chiesa universale è supporto ideologico), al cui apice presiedono papa e cardinali.

Radicale è quindi la differenza tra lo sviluppo che porta Roma a porsi in termini di potere disciplinato in un'organizzazione feudale-diplomatica, munita di presidio territoriale-militare consistente, e quello che vede Costantinopoli inserita nell'impero greco in posizione di indiscussa autorevolezza sotto l'egemonica tutela di un *basileus* cristiano. Sono questi destini così diversi, che pongono per secoli le due chiese, fino alla caduta di Bisanzio ad opera dei Turchi, in mondi politicamente e culturalmente opposti – uno entro l'ordine bizantino, l'altro stagiato tra i simboli del potere nel sistema pluralistico del Medioevo feudale – la determinante di una differenza che porta il segno di una storia, che Roma si trova ad affrontare inducendo nei “barbari” (più o meno romanizzati, ma molti ancora ariani, se non pagani) il rispetto del mito

* L'articolo muove da una riflessione di lunga lena dell'Autore, destinata ad ulteriori sviluppi; esso comunque anticipa, già in questa sede, temi e problemi introduttivi di un altro saggio, destinato agli Studi in memoria di Federico Spantigati.

egemonico dell'ideologia, di ascendenze probabilmente sciamaniche, di una separazione del politico tra una sfera temporale ed una spirituale.

Mentre dunque Bisanzio ha sempre ignorato il potere, quale mezzo e supporto della *communio* gerarchica, Roma ha dovuto dare al patriarcato a lei affidato in sorte la forma e lo spessore di una piramide feudale, rispetto alla quale ai vescovi tocca soltanto una posizione di **vassalli** dell'*apex omnium cathedrarum*. Quanto poi a giustificare la caduta in desuetudine delle idee di eguaglianza e di collegialità apostolica, proprie della chiesa primitiva, vi si è provveduto (come è noto) per il tramite ideologico della dottrina che fa del papa l'erede del "primato" di Pietro, cioè di un apostolo cui una posizione di preminenza è stata in vita certamente riconosciuta in rapporto ai Dodici, ma del quale nessuno ha mai storicamente potuto provare che sia stato pure vescovo di Roma.

La sopravvivenza **simbolica** di un patriarca greco nel mare islamico si riterrà poi compensata dalla fatalità di un esodo provvidenziale della *communio* gerarchica di impronta orientale – intatta nel profilo dottrinale e disciplinare – in nuove e giovani cristianità storiche, in base al principio di *autocefalia*; le quali, d'altronde, non cessano di tributare al patriarca della "seconda Roma" una venerazione che non pare curarsi del tramonto del sistema di potere bizantino, cui essa deve l'origine della sua priorità nel mondo ortodosso attuale.

Dopo lo scisma d'Oriente, il dilemma tra potere e autorità non solo esaspera le differenze, ma diventa una vera spina nel fianco della cristianità latina di fronte ai movimenti di riforma pauperistici dell'età di mezzo. In termini di divisioni e lotte intestine, la questione si ripropone sia di fronte al *Supremacy Act* regio, che apre lo scisma anglicano, sia di fronte all'unico rogo, in cui Lutero brucia i volumi del *Corpus iuris canonici* insieme alla bolla di scomunica papale. Quanto al fallimento dell'unione coi Greci a Firenze, ancora una volta ne sarà motivo prevalente la forma autoritaria del governo della Curia romana nella guida del processo costituente verso forme di unità in qualche modo compatibili con i principi della *communio* gerarchica ortodossa e con le sue articolazioni non violente.

È noto che, nelle ideocrazie religiose, non è la struttura determinante per la sovrastruttura, in quanto suole piuttosto accadere il contrario. Sicché, dal ritrovarsi la chiesa latina nel contesto contemporaneo di libertà religiosa, ci si sarebbe attesi una trasformazione strutturale mediante un deperimento graduale dell'apparato di Curia. Del resto, la convocazione del Vaticano II era stata proprio l'appuntamento col mutamento epocale seguito al secolo dei Lumi, indicato da Giovanni XXIII come il nuovo mondo, alla cui stregua "aggiornare" l'annuncio del vangelo nei termini meno autoritari della misericordia pastorale e di una liturgia meno distaccata dal popolo.

Purtroppo, forse perché formato al combattimento da un millennio di storia e di diffidenza nei confronti del diverso, il sistema curiale non si è adattato all'evoluzione strutturale, che ci si attendeva seguisse al cambiamento di mentalità condiviso da una maggioranza, pur cospicua e convinta dell'assemblea sinodale. Dall'avvenimento conciliare non ha, quindi, potuto prendere le mosse il *trend* riformatore che ci si attendeva; mentre la Curia è riuscita, dopo Giovanni Paolo I, a imporre il suo candidato in due conclavi determinanti per l'evoluzione successiva.

Su questa vicenda, dietro la quale si muovono interessi corporativi formidabili come al tempo di Costanza (dopo il quale la Curia provocò rapidamente la caduta in desuetudine del decreto *Frequens* di quel concilio, che avrebbe voluto da allora in poi **periodica** la propria convocazione), intendiamo qui soffermare l'attenzione, quale contributo volto al fine di dipanare il filo di taluna delle sue contraddizioni più evidenti. Non senza, però, sottolineare che Costanza – a differenza del Vaticano II – non aveva assolutamente marcato una soluzione di continuità **culturale** con la forma istituzionale instaurata dai *Dictatus papae*; ma si era limitata a un intervento di mera curvatura di quella stessa logica istituzionale, piegandola alle esigenze drammatiche di uno *stato d'eccezione*, provocato dallo Scisma d'Occidente. Onde l'infedeltà di oggi – se di infedeltà al Concilio si potesse davvero parlare – risulterebbe decisamente più grave di quella di ieri.

L'indagine che segue muove dall'inconsueta ipotesi di lavoro che un'infedeltà possa esserci stata. E tenta di ricostruirne alcuni momenti più rilevanti, nell'arco di tempo fra il primo attacco portato dalla CEI alla Curia di Bologna, col proporre l'immotivato allontanamento di Raniero La Valle dalla direzione dell'Avvenire d'Italia (con la totale ristrutturazione di questo foglio, mediante trasferimento a Milano della sua sede) ed il recente ripristino della liturgia tradizionalista da parte di Benedetto XVI. Tappe, queste, del lento e sordo procedere di un conflitto ideologico, riproposto però costantemente dal ricomporsi in forme nuove e originali del fronte di un movimento conciliare, che rivendica la propria legittimità di fronte alla quotidiana violenza che tende a stritolarlo.

Il ruolo strategico della conferenza episcopale italiana in questa operazione va sottolineato, anche perché esso si attua tramite la singolare caratteristica istituzionale della sua presidenza; la cui scelta è stata sempre riservata alla Curia, con esclusione tassativa della sua naturale base elettorale. Il che ha dato vita, al centro del sistema, ad un modello anticolligiale determinante per la politica successiva dei rapporti, non di rado problematici, tra la Curia del post-concilio e le conferenze episcopali. Non è da trascurare l'ipotesi che, intorno a questo nucleo diadico di prepotere centralistico, si sia man mano

creata, a partire dai conclavi successivi a Paolo VI ed in coincidenza con una certa quale sottovalutazione del potere curiale – caratteristica di Giovanni Paolo II – una sorta di “loggia” segreta tesa a conquistare man mano il pieno controllo degli snodi essenziali della complessa macchina papale: e, mediante questi ultimi (cordata su cordata, delega per delega, proconsole dietro proconsole), dell’intero sistema di guida della costellazione gerarchica del cattolicesimo romano.

Vi sarebbe stato, quindi, il graduale sostituirsi alla generazione dei quadri nati dal Concilio (i “montiniani”), per vie poco trasparenti, governate da individui sempre più scialbi, l’emersione graduale di un ceto gerarchico motivato da valori ben diversi da quelli dell’autorità come servizio; pronto quindi, per la perdita di senso che l’uso del potere per il potere comporta, a manipolazioni impensabili al tempo in cui una *leadership* profetica – organica alla nuova teologia – aveva guidato una maggioranza conciliare di dimensioni inattese ad imporsi con convinzione al mondo chiuso della temperie postridentina. Nel nuovo contesto, la colata lavica del rinnovamento era quindi destinata, sotto la stretta del gelo autoritario del lungo pontificato polacco, a concrezione in un blocco indistinto di grigi funzionari, governato da un corpo inflessibile di commissari politici: secondo un modello organizzativo analogo a quello, con cui Stalin aveva finito di liquidare la fase della democrazia dei soviet e della “rivoluzione permanente” di Trotsky all’indomani della morte di Lenin. Non a caso, nella nuova temperie finiva per tornare man mano in auge la tendenza, esclusivista, verso il vecchio “cristianesimo di una sola confessione” (quella romano-cattolica di impianto tridentino); con la sola correzione di una considerazione particolare, più verbale che realmente praticata, verso le chiese ortodosse d’Oriente.

I. La sconfitta della Curia pacelliana al Concilio Vaticano II

Chi ne fu spettatore disattento può serbare, della celebrazione delle assemblee del Vaticano II, un ricordo superficiale, se non addirittura meramente folklorico. Non così chi, come l’autore delle presenti pagine, poté seguire quotidianamente lo svolgersi dell’evento attraverso fonti di informazione affidabili, costruendosi man mano una ermeneutica delle cose che lo aiutasse a decifrare lo svolgersi di un processo che (preceduto dall’istruttoria segreta e interminabile seguita all’annuncio papale della Pentecoste del 1959) entrava nella fase pubblica e solenne del dibattito conciliare l’11 ottobre 1962.

All’epoca, alla percezione della crescente impazienza di una opinione pubblica sollecitata dalle allocuzioni papali ad un’etica del rinnovamento si

aggiungeva, tra l'altro, il contrasto fra il notevole livello tecnico degli strumenti di comunicazione approntati e la totale mancanza di una informazione sul da farsi nei confronti delle centinaia di giornalisti presenti, provenienti da tutto il mondo. Una situazione per certi versi kafkiana, provocata da un clima di innegabile incertezza, diffuso fra gli stessi addetti ai lavori preparatori, la cui fatica troppe volte era stata scavalcata da impreviste iniziative di esternazione di Giovanni XXIII.

Mentre, quindi, si assisteva alla diffusione nel largo pubblico di una letteratura storico-teologica di dimensioni inedite, l'interesse che questa destava si scontrava con la constatazione di falle evidenti nel mito dell'unanimità cattolica, a partire dalla dialettica che si andava delineando tra la Curia romana (autrice pressoché esclusiva degli schemi di lavoro preparatori) e una larga maggioranza dei vescovi convocati a concilio.

Nel giro di poche settimane, volumi di lavori preparatori predisposti dalla Curia venivano respinti dall'assemblea, dopo un dibattito che assumeva toni accusatori inauditi nei confronti del tentativo vaticano evidente di riportare l'orologio della storia ai tempi di Giulio II e di Pio IX, quando l'incontro sinodale con i vescovi era inteso come un momento di assenso passivo e corale agli indirizzi impressi dal centro del sistema alla politica dottrinale e disciplinare della Chiesa universale.

Ma la questione non era soltanto di prestigio e di procedura. Si avviava infatti un processo di sensibile revisione di alcuni capisaldi ideologici, sui quali la Santa Sede aveva costruito un sistema onnipervasivo di predominio istituzionale. Fu l'attacco a quei capisaldi un capolavoro di coraggio politico di papa Giovanni XXIII e di alcuni *leaders* dell'assemblea; al quale, non fosse altro che per spirito di corpo, quest'ultima non tardò ad aderire, determinando con ciò pure un'imprevista disfatta della teologia romana e l'affermarsi di una nuova egemonia culturale nel dibattito cattolico.

Non sarà mai sottolineato abbastanza come, dietro questo dibattito, andava ormai volgendo al tramonto l'intera ecclesiologia gregoriana, della quale un'implacabile critica corrodeva, sul piano storico-teologico, l'impalcatura autoritaria supportata dal manifesto politico dei *Dictatus papae*: il tema cioè dei rapporti tra papa e vescovi (stabilito dai *Dictatus* in termini di investitura feudale revocabile) veniva qui per la prima volta alla luce in una prospettiva talmente nuova, da non tollerare a lungo una sopravvivenza ulteriore in esso di rapporti di potere fondati sulla cultura del feudo, secondo modalità che non solo il Lateranense V, ma perfino il Tridentino mai avevano seriamente intaccate.

Le sorti di questo confronto fondamentale si decisero tra la votazione per la formazione delle commissioni conciliari e quella per l'approvazione dello schema sulle fonti della rivelazione; in occasione delle quali il partito curiale

fu sconfitto dapprima su una questione di potere (la pretesa di considerare una prerogativa della Curia quello di nomina dei membri delle commissioni suddette), e poi su una questione di merito decisiva per il dialogo ecumenico. Seguì la discussione sul *De ecclesia*, riguardo al quale l'assemblea si orientò per mettere il tema al centro del proprio lavoro di riflessione, considerando quest'ultimo destinato ad un periodo considerevole di decantazione; all'esito del quale, però, sul piano della definizione di precisi confini canonici tra il collegio dei vescovi e il suo capo, non si volle forzare la formula dei testi ad una sconfessione esplicita delle regole in vigore, preferendo alla gradualità del processo successivo rinviare l'adozione di una disciplina di dettaglio adeguata alle dimensioni dell'innovazione rappresentata, sul piano dogmatico, dal cap. III dalla *Lumen gentium* rispetto alle vedute prevalse in Occidente nei secoli successivi allo Scisma d'Oriente.

Da questo momento, il problema della comunicazione esterna degli straordinari risultati della prima sessione conciliare cominciò a sgretolare il muro di riservatezza opposto dalla Curia e l'azione degli informatori religiosi divenne a dir poco frenetica, determinando l'ingresso nel concilio di un protagonista nuovo, che era stato invece escluso da qualsiasi ingerenza ai tempi del concilio Vaticano I: il popolo fedele¹.

Fu proprio questo elemento esterno, e per certi versi impreveduto, a garantire la tenuta del processo conciliare dopo la morte di Giovanni XXIII, avvenuta il 3 giugno 1963; tre mesi dopo la pubblicazione della *Pacem in terris*, con la quale l'orizzonte della revisione dei compiti della Chiesa si allargava oltre i limiti della *Mater et magistra*, estendendosi ai suoi rapporti con un mondo secolarizzato, col quale il papa aveva mostrato di voler instaurare un dialogo nuovo e cordiale².

¹ È nella seconda metà del 1961 che arriva alla direzione dell'*Avvenire d'Italia* Raniero La Valle, per portare a notorietà nazionale e internazionale un quotidiano cattolico fino ad allora legato a diffusione nella sola Emilia-Romagna. Il ruolo che questo esemplare organo di informazione esercita durante gli anni del concilio è insostituibile. Notava qualche anno dopo un importante periodico nazionale che "l'esplosione de *L'Avvenire* come giornale di punta, sul solco di certa pubblicistica d'oltralpe, soprattutto francese... si collega in modo non casuale al 'nuovo corso' promosso dal Concilio Vaticano II. *L'Avvenire* è stato il portavoce delle punte più avanzate dell'Assise ecumenica, ha fatto proprie le istanze di rinnovamento della Chiesa propuginate dalle correnti più progredite, forte anche della non comune preparazione teologica e storica del suo giovane direttore che del Concilio è stato il cronista certamente più attento e più acuto" (*Si sposta a destra l'Avvenire*, Panorama n. 67, 27 luglio 1967).

² Su questo terreno, l'estendersi dell'interesse di *Avvenire* alla tematica che diventerà poi quella della *Gaudium et spes* ne determinerà una sovraesposizione permanente soprattutto a proposito della guerra in Vietnam. Ma la pietra dello scandalo, negli ambienti conservatori dell'alto clero e della destra democristiana, sarà la posizione di neutralità assunta nelle polemiche relative a quella 'sporca guerra', all'ideologia della deterrenza nucleare ed a molti gravi interventi di normalizzazione imperialista nel subcontinente americano.

II. *Complessità del pontificato di Paolo VI*

La successione di Paolo VI si limitò a mutare lo stile del pontificato, adottando con la Curia da cui il papa proveniva un metodo più improntato a rispetto per le sue delicate prerogative; ma certo senza deflettere dall'impegno riformatore, sul quale la assemblea era venuta ad attestarsi col consenso del suo predecessore. Quando il papa ebbe a pronunciare, l'8 dicembre 1965, il solenne discorso di chiusura dei lavori, fu innegabile che il papa ne considerava la complessa vicenda non come un processo chiuso, bensì come un progetto aperto, che a tutta la Chiesa, ed a lui per primo, era adesso affidato il compito di realizzare³.

In effetti, se al suo predecessore era toccato il solo compito di aprire la strada al futuro nel tratto breve di vita attraversato dall'impegno pontificale, a Paolo VI toccò reggere il vertice di governo della Chiesa per più di un quindicennio. Un tempo, cioè, investito ben presto da turbolenze imprevedibili durante il governo di papa Giovanni.

E se fu, all'inizio, relativamente facile tenere in pugno le redini dell'attuazione del Concilio in condizioni di isolamento istituzionale scrupoloso e accentratore, le cose vengono a complicarsi a seguito del mutamento del quadro culturale indotto dai movimenti di contestazione che, a partire dal '68, destabilizzano gli assetti di potere e i modi di pensare il mondo (nel privato, e nel pubblico) dell'intero Occidente. Ciò, mentre gruppi di entusiasti vicini al clero di base si illudono talora di trovare punti di saldatura del tutto impropria tra le riforme conciliari ed i movimenti politici che si ispirano al socialismo.

Mentre dunque il papa lavora a delineare la complessa architettura del progetto conciliare, il basso clero in cura d'anime pare fortemente esposto alle sollecitazioni dei tempi; che determinano oltre tutto vuoti importanti nelle file stesse della Azione cattolica. D'altra parte, all'indomani della riaffermata fedeltà al Concilio da parte del papa (*Quinque iam anni*), mons. Marcel LeFebvre, fondatore della Fraternità S. Pio X di Ecône, dà inizio a uno scisma tradizionalista, vietando ai suoi seminaristi la pratica della prima tra le riforme conciliari: quella della liturgia.

In un primo momento, il papa non riesce a cogliere tutta la virulenza del pericolo tradizionalista. Lo preoccupa piuttosto la deriva "di sinistra" di un paese-chiave per la politica della Santa Sede: l'Italia.

³ Alla complessità del ruolo di Paolo VI durante lo svolgersi delle sessioni conciliari successive alla scomparsa di Giovanni XXIII, è dedicata gran parte degli ultimi volumi della monumentale, recente *Storia del Concilio Vaticano II*, edita dal Mulino e diretta da Giuseppe Alberigo.

Rispetto a una tale situazione, ai nostri fini va ricordato che la cultura dei vescovi italiani era più di ogni altra portata a identificarsi con gli orientamenti della Curia; e che questa situazione (a rapporti di forza esattamente inversi rispetto a quelli interni al Concilio), era destinata a prolungarsi durevolmente, proponendo atteggiamenti di pregiudiziale avversione alle riforme, che erano destinati inevitabilmente a dar luogo a ritardi incresciosi in fase di attuazione degli orientamenti conciliari⁴.

Se quindi cauto, ma genericamente attendista si era manifestato tale episcopato di fronte al sorprendente annuncio della convocazione conciliare, questa disponibilità già tiepida era destinata a cambiare dopo una serie di vicende, dalle quali le tesi della Curia (in fondo, largamente condivise tra i vescovi italiani) erano uscite troppe volte sconfitte.

In questo clima, non solo a Bologna l'anticipata liquidazione del card. Lercaro (nel febbraio '68, in coincidenza con l'anniversario del Concordato del '29) viene letta come una rivincita della maggioranza della CEI, imposta dalla Curia al teologo della "chiesa dei poveri" e al campione vincente della riforma liturgica. L'evento accende quindi tra i fedeli un largo movimento spontaneo di rivolta antigerearchica, che ha il suo culmine nel segno di una lotta di popolo per il diritto alla riforma del culto, espresso nelle drammatiche, memorabili giornate della occupazione della cattedrale di Parma⁵.

⁴ "È incontestabile che *L'Avvenire d'Italia* abbia preso durante il Concilio e grazie ad esso una risonanza internazionale. La maggior parte dei vescovi stranieri lo leggeva assiduamente e gli prodigava segni di stima. È estremamente paradossale che i vescovi italiani abbiano preso questa decisione nel momento in cui gli ambienti cattolici si interrogano sul ruolo che essi possono giocare nel rinnovamento della cultura del loro paese. Tale decisione rappresenta un passo indietro e dimostra ancora una volta quanto manchi a molte personalità ecclesiastiche la conoscenza esatta dei 'mezzi di comunicazione sociale'" (JACQUES NOBECOURT, *La Conférence Episcopale Italienne décide la suppression de L'Avvenire d'Italia*, Le Monde, 12 marzo 1967). E ancora, sempre dalla stampa francese: "Tutto questo paziente lavoro, questa certa riuscita finale deve dunque sparire malgrado la netta opposizione del cardinale Lercaro, arcivescovo di Bologna, primo interessato, la disapprovazione di una delle rarissime luci dell'episcopato italiano, mons. Pellegrino, arcivescovo di Torino e quella del presidente della CEI stessa, il patriarca di Venezia card. Urbani, perché la grande maggioranza della CEI ha deciso di spaventarsi di alcuni ardimenti sociali e politici della direzione" (MARCEL VOUSARD, *La fin douloureuse de L'Avvenire d'Italia*, Témoignage chrétien 16 marzo 1967).

⁵ Questo episodio è l'annuncio precoce dell'inizio di una strategia di pressione del laicato per la partecipazione nella Chiesa, nel momento stesso in cui il movimento conciliare veniva colpito nell'organo di stampa cattolica, da cui l'opinione pubblica ecclesiale si era sentita alfine davvero rappresentata. L'assemblea permanente della cattedrale di Parma è la concrezione, magmatica ma senz'altro rivelativa, del livello di consapevolezza raggiunto dalla base cattolica in Italia (sopra tutto in Emilia-Romagna), quanto alla esistenza di un blocco di forze reazionario che già punta all'ottundimento delle coscienze e, mediante questo, alla liquidazione del Concilio appena celebrato. Siamo nel settembre 1968 e già in alcuni settori del laicato comincia a indebolirsi la fiducia in Paolo VI, ormai incrinata dalla liquidazione sommaria di un campione del Concilio come il card. Giacomo

Ma anche al di fuori dell'ambito cattolico, e nonostante la sua collocazione internazionale, l'Italia profonda non esprime frattanto una pregiudiziale ostilità nei confronti del blocco orientale; mentre segue con rispetto le trasformazioni che la Chiesa subisce, e vede la pietà popolare manifestarsi in forme nuove, con il successo che premia la riforma liturgica al di là di ogni attesa. D'altro canto, lo stile pastorale del sorriso e della misericordia di "papa Giovanni" ha contribuito a stemperare la contrapposizione fra i blocchi, sulla quale gli equilibri politici precedenti si erano durevolmente assestati. Si assiste, quindi, a una graduale crescita di consenso elettorale verso i partiti di sinistra, che preoccupa i ceti che costituiscono il blocco storico dominante, cui un episcopato culturalmente tanto arretrato non può non sentirsi legato da più motivi di solidarietà.

L'introduzione del divorzio (seppure nella forma estremamente moderata della legge Baslini-Fortuna) è scelto dalla Curia come *casus belli* per scatenare, con l'aiuto dell'episcopato, l'aggressività di formazioni integraliste contro gli stessi principi di libertà religiosa proclamati dal Concilio. A larga maggioranza, il basso clero esprime forte contrarietà, nella forma e nel merito, di fronte a una prospettiva di scontro elettorale che appare incerta così nel fondamento, come nelle prospettive⁶.

In tal modo, all'indomani della sconfitta nel referendum, l'episcopato vede nel basso clero il capro espiatorio, su cui riversare la frustrazione per l'insuccesso; e chi abbia in qualche misura operato per l'affermazione del fronte avverso è visto come un nemico interno da colpire con le pene più severe. Lo stesso D. Giovanni Franzoni, già abate di San Paolo fuori le mura e membro del concilio, è sospeso senza processo *a divinis*, con decreto della

Lercaro, pochi mesi dopo la immotivata chiusura dell'*Avvenire d'Italia* (maldestramente presentata dalla CEI come mera concentrazione organizzativa con una testata insignificante ubicata a Milano, *L'Italia*). Al riguardo, si era subito compreso che l'attacco era rivolto a quella Bologna, che dalla presenza di Lercaro e di Dossetti era stata trasformata nella chiesa locale più attiva e prestigiosa del movimento per la riforma della Chiesa italiana.

⁶ Due anni dopo l'assemblea di Parma, l'introduzione del divorzio non incontrerà l'opposizione parlamentare che la CEI si aspettava. Di qui il formarsi di una coalizione integralista largamente appoggiata dall'episcopato, che punta alla liquidazione del nuovo istituto tramite l'utilizzo di un istituto di democrazia diretta da poco introdotto in Italia, con la nuova costituzione: il *referendum* abrogativo. Ne nascerà un'ampia, lunga e appassionata battaglia di opinione, in cui non a torto i "cattolici del no" vedranno implicato il primo tentativo gerarchico di scoperta infedeltà ad uno dei principii-cardine dell'innovazione conciliare: quello della libertà di coscienza dei non credenti, solennemente affermato nella dichiarazione *Dignitatis humanae*.

Da questo scontro nasceva, all'interno del movimento cattolico, un soggetto nuovo, della cui originalità ed importanza le forze politiche del tempo o non si avvidero, o piuttosto mirarono per parecchio tempo a strumentalizzarlo come base di consenso elettorale, per poi svenderne i valori in sede di trattativa con la Santa Sede per la revisione del concordato lateranense del '29.

Congregazione cassinese di appartenenza, senza che Paolo VI muova un dito per difenderlo.

È in questo periodo, che la Curia accredita la “leggenda nera”, secondo cui dei movimenti intesi ad un *uso selvaggio* del Concilio sarebbe in larga misura coautore lo spirito del Sessantotto. Per una elementare ragione cronologica vero è semmai il contrario: fu cioè la contestazione religiosa spontaneamente accesi di fronte al tradimento del Concilio a disinnescare l’aggressività profetica dello “zelo del Tempio” contro il potere di una gerarchia ritenuta infedele al messaggio conciliare; e, quindi, ad aggiungere alimento ulteriore a una protesta globale che si stava preparando, da lontano, ad un attacco radicale all’intera sovrastruttura di potere occidentale. Nella stessa logica, del resto, va letta sia l’accusa di marxismo, rivolta da allora in poi alla teologia della liberazione, sia quella di inquinamento relativista come chiave di lettura di ogni orientamento impegnato (sul terreno pastorale, o dottrinale) per un dialogo rispettoso verso gli altri mondi religiosi e, in prospettiva roncalliana, verso quello degli “uomini di buona volontà”.

III. *La resistibile ascesa della Curia postconciliare*

La chiusura di Paolo VI nella sua solitudine non può che esporlo, alla lunga, ad una ripresa di influenza della teologia romana. È ben vero che egli ha riformato in profondità la ex-Congregazione del S. Ufficio fin dal dicembre 1965 (M.P. *Integrae servandae*); così come man mano viene promulgando *ad experimentum* disposizioni urgenti, spesso a rilevanza costituzionale, che anticipano spesso la revisione in corso del codice di diritto canonico del 1917 (basti soprattutto pensare al M.P. *Ecclesiae Sanctae* dell’agosto 1966).

Su questo suo lavoro pesa la sconfitta strategica patita dalla Curia a proposito della *Lex Ecclesiae fundamentalis*, che l’ha costretta a ritirare un disegno organico di costituzione scritta per la chiesa latina. Ma il confronto sulla LEF è stato uno scontro giocato sotto il segno di una opposizione tra teologie irriducibili, rimasta intatta pure dopo e oltre il Concilio. E se è pur vero che gli atti sinodali rappresentano il risultato della vittoria di una di queste, il metodo paolino della ricerca dell’unanimità morale ha costretto i testi in redazioni di compromesso, tali da lasciare alla parte sconfitta ampie possibilità di risollevarsi in sede applicativa le questioni risolte.

La Curia sa bene, d’altronde, che l’età avanza e che il papa non potrà reggere a lungo i ritmi impostigli dalla sua passione apostolica. Né a quest’ultima mancano le occasioni di incertezza, a partire dall’inizio del fenomeno scismatico promosso da mons. Lefebvre. D’altronde, il suo ultimo anno di

vita lo attende all'appuntamento col feroce sequestro di un amico come Aldo Moro.

Con ancor maggiore disinvoltura, quindi, certi contenuti "sensibili" della LEF potranno essere più tardi trasfusi nel nuovo codice o facendo conto su una caduta di oculatezza (poco probabile) del vecchio papa, o differendo il perfezionamento del progetto in corso di elaborazione all'esito del conclave successivo.

Frattanto, in termini di rapporto con gli organi costituzionali del sistema, a Paolo VI risulta in vita impossibile rinunciare a un ruolo arbitrale solitario anche di fronte alla sua creatura istituzionale più promettente sul piano del coinvolgimento del corpo dei vescovi nell'alta politica della Chiesa universale. È chiaro che al Sinodo dei Vescovi appare attribuito un ruolo di indirizzo politico preminente rispetto a quello della Curia; ma la rilevanza di esso appare decisamente attenuata sia dal carattere ordinariamente consultivo delle sue convocazioni, sia dall'essere queste totalmente dipendenti dalla volontà papale.

Questa situazione del sinodo non riesce a ottenere progressi significativi durante tutto il pontificato montiniano; sicché, con l'avvento al papato di Giovanni Paolo II, il Sinodo diventa un organismo sostanzialmente decorativo, politicamente irrilevante.

Nel frattempo, Paolo VI rimane irremovibile nel disegno di sospensione delle misure di polizia teologica inaugurato dal suo predecessore. Vuole, quindi, che il dialogo fra i dotti resti aperto nella Chiesa, anche con l'occhio alle esigenze di un dialogo ecumenico, che si manifesta promettente perfino su questioni estremamente delicate. Nonostante qualche reazione di fronte a casi particolarmente clamorosi, potrà farsi un vanto di non avere mai comunicato nessuno...

L'avvento di un mite e di un mistico come Giovanni Paolo I non muterà certo questa situazione. Ma ben diversa sarà la tempra del suo successore, il cardinale arcivescovo di Cracovia Karol Wojtila, destinato a durare per quasi un trentennio⁷.

Formatosi all'interno di regimi totalitari (fra Pilsudski e Gomulka), figlio di un militare, prete di una chiesa di frontiera, perseguitata e combattente, vescovo a 38 anni, cardinale a 47, quest'ultimo avverte come preminente la vocazione politica nell'orizzonte di un mondo diviso in due blocchi, da uno dei quali proviene. Non rientra che marginalmente nei suoi interessi una ge-

⁷ Sulla funzione del papato polacco per l'affermarsi di una generale politica di contenimento dell'innovazione conciliare, cfr. da ultimo GIOVANNI MICCOLI, *In difesa della fede*, Rizzoli, Milano, 2007.

stione puntuale così della CEI come della diocesi di Roma, come della stessa Curia romana. Attento ed efficace nella scelta dei luogotenenti, punterà per la chiesa italiana sul card. Poletti, ed in seguito sul card. Ruini; preporrà alla Segreteria di Stato il card. Agostino Casaroli, prima del card. Sodano. Manterrà un controllo ferreo sulle nomine dei vescovi mediante i cardinali Baggio e Gantin, guadagnando a sé il teologo Joseph Ratzinger come preposto al contenzioso dottrinale con i suoi antichi colleghi. Temprato nelle prove del confronto politico con il potere comunista, darà un contributo decisivo al declino ed alla liquidazione dei sistemi di “democrazia popolare”.

IV. *Tra manipolazione dei testi e reazione della teologia conciliare*

Per evidenziare le reazioni di opposizione, che lo stile di governo del papa polacco ha però immediatamente incontrato in questo periodo, è qui offerta documentazione proveniente sia dall'Italia, che dalla Germania, che dall'Olanda. Non c'è dubbio che a quest'ultima, forte di una conferenza episcopale che ha avuto un ruolo di *leadership* nelle assemblee conciliari, spetti una funzione di battistrada, sia pure elitario. Ma anche l'Italia è cresciuta, e sarà duro riuscire a liquidarvi i centri di direzione di un ampio movimento di riforma, che ha la ventura di incontrare il dato politico della presenza più originale nella chiesa italiana: quella della tradizione di un **cattolicesimo sociale** che, proveniente da un lungo impegno di solidarietà con le lotte bracciantili e operaie, ha già una forte radicazione popolare ed egemonizza la sinistra democristiana. È un dato, questo, che conferisce al movimento conciliare italiano caratteristiche di massa, che le cattolicità di minoranza del Nord Europa, o la Francia secolarizzata, o la Spagna ancora oppressa dal falangismo neppure si sognano.

Sotto Giovanni Paolo II, hanno mano libera i circoli gerarchici, che mordevano il freno sotto il pontificato precedente, aspirando a un'epurazione radicale nei ranghi del basso clero anche lontanamente sospettato di simpatie per la nuova teologia, o per sperimentazioni liturgiche suscettibili di deviazioni “pericolose”. La tendenza, sorta in Italia nella fase dell'espansione elettorale del PCI successiva al *referendum* sul divorzio, mira a regolare i conti non solo con i teologi di formazione moderna, ma anche con i preti organici al movimento conciliare ed apre vuoti paurosi nei ranghi del clero in cura d'anime; mentre ciò che di esso rimane porterà lo stigma di lacune culturali profonde, destinate a mantenere durevolmente nei nuovi quadri una cancellazione della memoria consapevolmente indotta, da comunicarsi poi - con tecnica precocemente berlusconiana - ai livelli successivi di carriera.

Il cardinal Ruini, nuovo presidente della CEI dopo Poletti, è il raffinato e lucido Goebbels della controrivoluzione culturale italiana.

È di quest'epoca il rinsaldarsi, nel ceto episcopale italiano, di un bisogno di potere indiscusso, cui ogni principio di legalità deve poter piegarsi; bisogno, questo, di cui i dicasteri della Curia romana (con la sola eccezione della Rota) assicureranno il soddisfacimento ai più vari livelli, a cominciare da quello della stesura del nuovo codice di diritto canonico; il cui progetto già pronto subirà *in extremis* l'amputazione – per iniziativa personale del papa polacco, adottata in odio a due indirizzi legislativi fondamentali (i *principia quae* 6° e 7°) impartiti dal Sinodo dei vescovi del 1967 – della parte destinata all'introduzione di un ordinamento giurisdizionale organico fondato sulla creazione di una rete completa di tribunali amministrativi regionali, da istituirsi a livello di conferenze episcopali. L'onnipotenza dell'esecutivo diventa tale, che quanto non era stato possibile ottenere con la LEF verrà conseguito in seguito manovrando opportunamente, a discapito di principi conciliari eventualmente in discussione, la neonata "Commissione per l'interpretazione dei testi legislativi": strumento concepito al fine di svuotare, in tal modo, così i poteri attribuiti dal nuovo codice alle conferenze episcopali, come l'essenziale funzione di interpretazione-integrazione della giurisprudenza e della dottrina.

In termini di ricezione del concilio, la chiesa italiana patisce così un'emorragia che le sottrae, mediante un'azione impunita di epurazione a tutto campo nel basso clero, proprio i quadri più adatti all'inculturazione del rinnovamento sinodale; e il laicato non può non subire l'arretramento complessivo che da ciò consegue, in termini di catechesi adulta e di spiritualità consapevole. Si apre quindi un periodo favorevole a movimenti cementati da spirito gregario, funzionali al mito del "papa polacco" e al culto della personalità che ne accompagna i viaggi apostolici; mentre si riduce la tolleranza nei confronti del libero aggregarsi dei fedeli nelle "comunità di base" dell'immediato postconcilio: ultima trincea della resistenza antigerarchica accessasi alla fine degli anni '60, per durare ben oltre il conflitto referendario sul divorzio.

Spetterà al costituzionalista stabilire, in termini di qualificazione di principio del fatto, se denominare nella sua complessità questa condotta come attentato alla costituzione, o come alternativa costituente. Compagno comunque, a seguito di questo "riflesso d'ordine" del sistema curiale, i segni di una forte reazione alla stretta dottrinale in atto, destinata a sopprimere gradualmente ogni sopravvivenza del pluralismo che aveva caratterizzato i due pontificati precedenti. La paolina *Nova agendi ratio in doctrinarum examine* subisce modifiche sensibili nel suo andamento applicativo già prima che il card. Ratzinger succeda al card. Seper come moderatore; come risulta evidente dallo

scarso rispetto del diritto alla difesa e dall'assenza di ogni stile di confronto scientifico (in violazione dei due principi fissati da Paolo VI nel M.P. *Integrae servandae*, di riforma del S.Ufficio⁸), fin dai procedimenti improvvisamente avviati contro Hans Küng e Edward Schillebeeckx, a partire dal 1979.

A fronte di ciò, la reazione delle forze del rinnovamento si attesterà su posizioni di contrasto davanti al tentativo di un "magistero" di infima minoranza di rovesciare i risultati della partita conciliare. E non mancheranno accenni, soprattutto dal mondo tedesco, al possibile esercizio di un diritto di resistenza di fronte al delinarsi impreveduto di una tirannia *ex parte exercitii* (per usare l'antica terminologia scolastica) da parte della Curia romana. Ma in Italia già da tempo le Cdb avevano cominciato a rompere gli indugi su una questione capitale per la vita liturgica, come la disponibilità dell'edificio di culto, una volta rimosso il parroco 'conciliare'; la resistenza assumendo le caratteristiche più varie, dall'occupazione del tempio alla scelta di un'altra sede di culto permanente. I vescovi ricorreranno al braccio secolare dello Stato, senza indietreggiare di fronte all'uso del codice penale. In una sua brillante arringa in difesa della comunità dell'Isolotto (la prima ad essere forzosamente espulsa da un edificio parrocchiale), Lelio Basso sosterrà che non i laici presenti hanno interrotto la sua messa, ma che è stato il nuovo parroco inviato dall'arcivescovo di Firenze ad interrompere la preghiera dei presenti imponendovisi, con ciò turbandone il sentimento religioso⁹. E davanti ai pretori di Lavello e di Gioiosa Jonica, il pretestuoso avvicendamento autoritario del titolare della parrocchia verrà letto come una turbativa all'esercizio della partecipazione ai nuovi riti conciliari della liturgia rinnovata¹⁰ da parte

⁸ Sulla mutazione genetica rispetto agli anni del Concilio, rappresentata dai due pontificati che seguono i pochi mesi di regno di Giovanni Paolo I, si veda ancora GIOVANNI MICCOLI, *op. cit.*, Milano, 2007, passim.

⁹ "Non certo una *missa pro populo* voleva celebrare mons. Alba, ma una *missa contra populum*: questo era il sacrilegio paventato, che i fedeli dell'Isolotto volevano evitare. E intanto monsignore interrompeva con il suo comportamento esterno un atto liturgico in corso, una riunione di preghiera in cui il popolo dell'Isolotto dava libero corso, nel solo modo che gli era oramai consentito dopo l'allontanamento del suo parroco, al suo vivo umano intenso sentimento religioso" (LELIO BASSO, *Il travaglio della Chiesa e della civiltà umana. Arringa 8.7.71 in difesa della comunità dell'Isolotto*, in *Scritti sul cristianesimo*, Casale Monferrato, 1983, pg. 210). Questa scena diventerà per un lungo decennio la costante del contrasto tra vescovi italiani e comunità di base; fino al clamoroso episodio di Lavello, con l'espulsione dall'altare di don Marco Bisceglie, filmato in paramenti sacri tra i carabinieri mentre anche l'assemblea radunata per la liturgia eucaristica viene allontanata dal tempio.

¹⁰ Che la stessa riforma liturgica non sia stata di facile attuazione, ma piuttosto abbia dato luogo ad una sorda lotta di logoramento tra il *Consilium* appositamente istituito da Paolo VI e diretto da mons. Annibale Bugnini viene ricordato in un volume recentissimo, per la cui pubblicazione l'Autore, segretario di mons. Bugnini, e dunque uno fra i protagonisti diretti della vicenda per quasi un ventennio, ha preferito scegliere un'editrice americana, presentando poi il libro in Europa, ma a

della base popolare della Chiesa, cui verrà tentato di rivendicare l'esercizio di un'azione di manutenzione a tutela del possesso di detta servitù (e sul sagrato e sui campanili di chiese barocche del sud si vedrà comparire a lungo la scritta "la Chiesa è del popolo").

Qualche anno più tardi, quando è nell'aria la notizia della probabile nomina del prof. Ratzinger a succedere a Seper, il mondo ecclesiastico tedesco, che mal sopporta l'inopinato ritorno al tradizionalismo di questo brillante teologo conciliare, manifesta le proprie preoccupazioni con una dichiarazione resa pubblica il 3 gennaio 1981 dal gruppo di lavoro degli specialisti tedeschi in teologia dogmatica e teologia fondamentale. Ma già all'epoca esiste in Germania un "Comitato per i diritti del cristiano nella chiesa", costituitosi a base ecumenica nel dicembre 1979 in relazione al caso Küng.

*V. Tentativi di esercizio di un "diritto di resistenza" del *populus fidelium**

Nella primavera del 1982 vede la luce in Germania un importante documento del già citato Comitato per i diritti del cristiano nella chiesa, occasionato dalla vertenza che coinvolge Hans Küng in difesa di un valore molto forte nel mondo intellettuale tedesco: la libertà di ricerca e lo *status* degli accademici inseriti nelle facoltà teologiche, notoriamente in quel paese equiparate alle altre e soggette a presidio della legge federale per il tramite dell'autorità territoriale competente. Il documento viene riportato *in extenso* nell'Appendice (insieme ad altri di minor rilievo), perché il caso Küng produsse in Germania costernazione e riprovazione durevole; al punto che, nel conclave del 2005, su ben pochi tra i cardinali elettori del gruppo tedesco, almeno inizialmente, la candidatura di Ratzinger poteva fare affidamento.

All'epoca, l'alta politica dottrinale è interamente delegata dal papa (ben conscio del proprio modesto spessore teologico) al card. Ratzinger. Siamo in un periodo, nel quale semmai Wojtyła è preoccupato dalla rapida crescita di un movimento pacifista cattolico, che potrebbe creargli imbarazzo nella sua alleanza con Reagan in una partita decisiva per le sorti della guerra fredda. Si sta infatti diffondendo, sotto il crescente influsso della *Pacem in terris* di

rispettosa distanza da Roma e in presenza dell'arcivescovo di Westminster (mons. PIERO MARINI, *A challenging reform: Realizing the Vision of the Liturgical Renewal*, ed. Paperback, novembre 2007). Di particolare interesse risulta nel volume il ripetersi, come per un copione ben noto, di un forte recupero di negativa influenza della Curia dopo l'avvento di Giovanni Paolo II. Infatti, mentre sotto Paolo VI era succeduto al *Consilium* l'affidamento delle competenze in materia alla nuova Congregazione per il Culto divino, quest'ultima veniva improvvisamente sciolta nel 1975.

Giovanni XXIII – in questo periodo più volte riconfermata da un magistero decisamente coraggioso di numerose conferenze episcopali straniere – una nuova cultura cristiana della pace, tema sul quale però la CEI non informa e non si schiera; mentre si avverte il clima di tensione internazionale, che tocca il nostro paese attraverso lo schieramento a Comiso di missili nucleari strategici.

Frattanto, la manovra di repressione a tutto campo coordinata dalla CEI non avrebbe avuto vita facile e successo completo, senza che prima fossero stati neutralizzati i centri più qualificati di irradiazione del Concilio, a cominciare da quella diocesi di Bologna che, per impulso del card. Lercaro, aveva chiamato Raniero La Valle alla direzione de *L'Avvenire d'Italia* nel sessennio 1961/1967; e che aveva visto poi i padri dehoniani, dopo le dimissioni di La Valle nonostante la solidarietà espressagli dal card. Lercaro (destinato del resto, di lì all'anno dopo, ad analogo trattamento) rafforzare nel 1967 un proprio settimanale nella serie alternata de *Il Regno/attualità* e *Il Regno/documenti*, anche per riempire il vuoto del povero *Avvenire*, destinato in seguito alla “scalata” di Comunione e liberazione. Ma dopo aver adempiuto impavidamente, per qualche tempo, al suo ruolo di libera informazione sul mondo cattolico, pure su *Il Regno* si sarebbe esercitata una forte pressione all'allineamento, costringendo la parte più intransigente del gruppo di redazione ad uscire di scena al seguito di Luigi Sandri, già autore per la rivista della sottrazione ai segreti della Santa Sede di un documento delicatissimo, come il progetto già approntato della *Lex fundamentalis Ecclesiae*. Questo *scoop* giornalistico si riporta qui, in quanto da esso nacque un movimento internazionale di irriducibile resistenza al progetto, che in Italia portò alla larga diffusione del volume collettaneo *Legge e vangelo*.

Di un assedio consimile fu pure oggetto la *Pro civitate cristiana* di Assisi (è da ritenere per la linea editoriale sia della *Cittadella*, che della rivista *Rocca*), a seguito di un'ispezione apostolica disposta dal *Consilium de laicis* e affidata ad un certo punto a don Gianni Baget Bozzo (prima che quest'ultimo, caduto poi in disgrazia presso il card. Siri, si rivolgesse, vanamente, al patrocinio canonistico dell'autore delle presenti pagine).

Si trattava, in sostanza, di disarticolare capillarmente i circuiti editoriali e le riviste, che ancora osassero fare memoria del Concilio come se fosse un momento di discontinuità rispetto al cattolicesimo “restaurato” dalla CEI, di nuovo in auge con l'avvento di un papa finalmente tradizionalista.

La strategia di *marketing* politico del papato porta, frattanto, alla ristrutturazione di quella che era stata la “Sala stampa” vaticana durante e dopo il Concilio; cui viene preposto uno sconosciuto psichiatra, numerario dell'*Opus Dei*, Joaquim Navarro Valls (memorabile un suo profilo a tutto tondo di

Sandro Magister, sul n. 44/1982 del settimanale “L’Espresso”). Tramonta in Europa, e soprattutto in Italia, il disegno postconciliare di una informazione religiosa pluralistica, non polarizzata necessariamente sulla figura del papa. Esce dalla luce dei *media* ogni grande figura cattolica, che possa in qualche misura indurre dubbi sulla coerenza del pontificato polacco con l’orizzonte di fede aperto dal breve cammino terreno di papa Giovanni XXIII verso una dimensione che superasse quella della *respublica christiana* di gregoriana memoria. Nella “santeria” di Giovanni Paolo II, dilatata oltre ogni limite di decenza da esigenze propagandistiche, stenta a trovare spazio il grande papa profeta del Novecento; che si mira a postergare ad altri modelli di potere religioso, individuati in più forti personalità egemoniche dai chiaroscuri paranoici, come papa Pio IX e mons. Josè Maria Escrivà de Balaguer.

Uno degli episodi più clamorosi di un clima siffatto rimane, comunque, quello dell’improvvisa distruzione professionale del “vaticanista” di *Repubblica*, Domenico Del Rio; cui Joaquim Navarro Valls tolse ogni accreditamento, con espulsione dall’aereo con il quale Giovanni Paolo II stava per partire per uno dei suoi viaggi. La colpa? Quella di aver ripubblicato, nelle pagine culturali interne del quotidiano, alcuni scritti di teologi famosi, risalenti al tempo del Concilio ed esperti conciliari essi stessi, come Congar e Schillebeeckx..

Di quegli scritti taluno soprattutto doveva essere dimenticato accuratamente, per il caso in ispecie che si trattasse dell’antica produzione dell’attuale card. Ratzinger, oramai assunto al ruolo di supremo Inquisitore al vertice della Curia romana; dove non aveva posto indugio – di concerto con la Congregazione per l’Educazione cattolica e per gli istituti di formazione – all’introduzione di un giuramento di fedeltà al Magistero tanto mortificante per l’autonomia della ricerca teologica, da provocare il rifiuto d’obbedienza dei teologi tedeschi; non poco preoccupati delle conseguenze di una loro inevitabile caduta di prestigio di fronte ai colleghi protestanti e al mondo accademico tedesco, e perciò sostenuti in questo non solamente dall’ordinamento universitario federale, ma dalla loro stessa conferenza episcopale. Ragione questa non ultima dell’insuccesso dei tentativi della Congregazione dottrinale di piegare ai propri voleri un avversario roccioso come Hans Küng.

VI. *Lo spostamento della strategia italiana della Curia sull’asse concordatario*

In pari tempo, il globalizzarsi del sistema di censura adottato andava rafforzato in Italia sul terreno del braccio secolare dello Stato. Già il sistema pattizio aveva patito l’attacco della Corte costituzionale all’art. 34 del Concordato lateranense (nel caso Gospodinov), con conseguente ridimensionamento

delle competenze dei Tribunali ecclesiastici sulla validità del matrimonio di cittadini italiani, deciso da un nuovo orientamento della Corte, maturato per l'autorità di un cattolico come Leopoldo Elia. E la Santa Sede – in palese violazione di un passaggio della *Gaudium et spes*, con cui il Concilio preconizzava la rinuncia della Chiesa a ogni posizione di privilegio – aveva lamentato in via diplomatica il prodursi di un presunto *vulnus* agli accordi concordatari stipulati con il regime fascista previgente, prima di tentare la via di una revisione del sistema, di fronte alla quale i governi a direzione democristiana si mostravano però incerti, se non addirittura recalcitranti; mentre lo Jemolo (che pure aveva tenuto un atteggiamento prudente di fronte alle innovazioni interpretative della giurisprudenza, sollecitate dai movimenti di base) suggeriva, con saggezza gradualista, di non impedire la caduta naturale di altri “rami secchi” del Concordato.

Già da allora, comunque, Paolo VI ribadiva formalmente la necessità di un rafforzamento per revisione del sistema pattizio con l'Italia, che si giustificava a suo avviso per il carattere strategico che questo paese rivestiva rispetto alla politica internazionale della Santa Sede. Onde qualsiasi rinuncia in merito, cui la Sede Apostolica si fosse trovata a sottostare in altri contesti, qui non era assolutamente tollerabile.

Tentata inutilmente sullo sfondo dei rapporti di forza parlamentari del 1976/78, perché l'aspirazione vaticana riuscisse nell'intento era necessario che uno dei partiti storici della sinistra italiana, che aveva votato contro il faticoso inserimento dei Patti Lateranensi nell'art. 7 della costituzione della Repubblica, mutasse repentinamente una linea politica iscritta nella sua stessa tradizione laica. E fu appunto quello che accadde mediante l'incontro con un nuovo “uomo della Provvidenza”, opportunista almeno quanto quello del '29: Bettino Craxi.

Le lentezze procedurali della commissione Gonella, stretta dalla necessità di ricorrere a verifica parlamentare periodica sullo stato delle trattative con la Santa Sede, furono superate facilmente. E il governo a direzione socialista nominò una nuova commissione, dalla quale scomparvero (in stile decisionista, alla Giuliano Amato) le figure garanti designate in precedenza. Sicché la trattativa riprese in una composizione addomesticata, nella quale anche i giuristi di nomina governativa erano destinati a recitare a soggetto la parte, ormai appiattita sugli interessi vaticani, imposta dalle segreterie dei partiti di riferimento.

È questa la ragione per cui, ovviamente, i nuclei di resistenza tendono a polarizzare la loro attività sulla tematica anticoncordataria; alla cui impostazione un contributo decisivo viene offerto dalla lucidità degli interventi di Giorgio Peyrot (allora roccioso rappresentante della Tavola Valdese nella

trattativa preparatoria alla prima intesa stipulata dal governo, ex art. 8, 3° c., cost.), anche durante le riunioni di studio di un gruppo, cui ancora partecipavano alcuni amici che avevano collaborato ad un documento, apparso sulle *Ephemerides juris canonici* del 1974, che aveva contestato con successo il tentativo della Curia di elaborare un progetto di riforma del matrimonio canonico del tutto ignaro dei principi della *Gaudium et spes*.

In termini di indirizzo politico, la revisione concordataria segnerà un punto di non ritorno rispetto alla dottrina dei “rami secchi”. Anzi, sarà frutto di evoluzioni impensate sul terreno del rafforzamento dei privilegi della Chiesa cattolica nell’ordinamento italiano; cui fornirà un sistema permanente di incremento “a cascata” attraverso sia la previsione di una competenza regionale – non prevista dalla Costituzione – in materia di rapporti tra Chiesa e Stato, sia di immediato allineamento dell’esecutivo (e non solo) a tale indirizzo, a tutti i livelli del sistema.

Basterà qui far cenno all’orientamento della nostra magistratura amministrativa in tema di sopraggiunta revoca del nulla osta dell’ordinario diocesano per l’insegnamento della religione nell’insegnamento nella scuola pubblica: fattispecie, di fronte alla quale mai ci si è confrontati col problema posto, ai sensi dell’art. 23 del Trattato del Laterano (nel senso riconfermato dalle intese Casaroli-Craxi del 1984, dopo un più netto indirizzo della Sezioni Unite della Cassazione sul caso di Gioiosa Jonica), alla ipotesi di un provvedimento episcopale totalmente arbitrario, o emesso per caso al di fuori delle garanzie di equo processo, in violazione di diritti fondamentali del cittadino. Per non parlare poi di certe circolari, particolarmente ipocrite, del Ministero della Pubblica Istruzione, recanti discriminatori intoppi procedurali nei confronti di chi chieda di essere esonerato dalla frequenza dell’insegnamento della religione cattolica, nella scuola pubblica; o delle numerose deroghe regionali al divieto costituzionale di oneri a carico dello Stato per le scuole cattoliche; o di un orientamento addirittura scandaloso delle Sezioni consultive del Consiglio di Stato, favoritivo di una recente tendenza a restituire alla Chiesa italiana parte rilevante del patrimonio sottrattole con le leggi eversive degli anni 1866/67.

A miglior chiarimento del contesto in cui si inserisce, il presente saggio è seguito dall’inserimento di alcuni documenti relativi al permanere, nella Chiesa, del dissenso già documentato in chiusura del secondo paragrafo e in apertura del terzo. Al riguardo è utile sottolineare che vi sono differenze di contenuto e di tono tra i vari interventi: in quanto mentre le dichiarazioni sia dei 100 teologi brasiliani, che soprattutto dei 163 loro colleghi tedeschi attengono a problemi di vita ecclesiastica che hanno di per sé diretta relazione con tematiche canonistiche attigue a quelle inserite nella precedente *remonstratio* della Chiesa olandese, la dichiarazione dei 63 studiosi italiani (con quelle

seguitene) appare decisamente più generica e legata a tematiche di ricerca teologica. Per la prima volta, anzi, la dichiarazione dei 163 studiosi tedeschi pone il tema dell'esercizio del diritto di resistenza (interno alla tradizione canonica medievale, ma caro anche al costituzionalismo tedesco dell'età di Weimar) come azione popolare legittima nei confronti di misure di diritto pontificio colte in irrazionale contrasto con convinzioni pacifiche in tema di *jus divinum*, o di *status generalis ecclesiae*, o di privilegi locali goduti *ab immemorabili*. E si direbbe che non a caso la risposta della Congregazione della Dottrina della fede, espressa autoritativamente (come notava un commento redazionale del mese successivo su Il Regno/attualità, sotto il suggestivo titolo di *Richiesta di speranza*) nella generica ma gelida formula di "Istruzione sulla vocazione ecclesiale del teologo" il 26 giugno '90, abbia accuratamente **eluso** tutti e singoli i problemi dello scontro **di potere**, sollevato in Olanda e in Germania in termini di attentato al Concilio, a seguito di troppe prevaricazioni della Curia, eversive della costituzione della Chiesa e di privilegi immemorabili di quelle chiese locali.

VII. Prospettive di ripresa del movimento riformatore

Il lettore ha avuto finora motivo di riflessione adeguata sulle cause di un'evidente stagnazione del sistema cattolico di fronte ad un compito storico di autoriforma, cui dopo il Concilio il suo vertice è divenuto man mano sempre meno sensibile.

È attualmente in corso di stampa un saggio dell'A. sul papato: un istituto, che il giuridicismo imperante nella teologia romana sta paradossalmente trasformando in una delle più inguaribili "piaghe della santa chiesa". Vi si riconosce che la radicale contraddizione interna del cattolicesimo, espressa nel primato di giurisdizione del romano pontefice sancito in un sinodo generale latino, sta nel rifiuto (espresso fin dai gregoriani *Dictatus papae*) di fondare l'esercizio di quest'ultimo potere papale su una autorità condivisa con il consenso veritativo dei fedeli: pretesa assolutamente contestabile su un piano storico-teologico, e perciò *sicut iacet* impresentabile a quel definitivo chiarimento pancristiano che si dice di voler perseguire, insieme ad un adeguato ridimensionamento del profilo costituzionale dell'istituto in sede di compromesso ecumenico. Un'impresa, questa, nella quale la dottrina canonistica potrebbe, e dovrebbe avere un ruolo fondamentale.

Ma un motivo non secondario di urgenza nel procedere *funditus* a questa riforma *in capite* sta proprio nell'esperienza stessa del postconcilio, influenzata dalla durata che la scienza medica assicura a ciascun pontificato, in sinergia

con la sovrastante voce che ai *media* attuali assicura la potenza tecnologica; il che vale anche nel caso in cui una tragica figura di protagonista (come quella sconfitta dalla secolarizzazione selvaggia seguita alla propria impresa di conquista dell'Oriente comunista), decida di abbreviare liberamente i tempi della propria esistenza terrena.

Come è stato osservato *de iure condendo* all'indomani della solenne chiusura del Concilio, la via da battere sta nel ridimensionamento del **governo** papale, attuato per espansione del ruolo del Sinodo dei vescovi e compensato da una concentrazione della centralità del *papa solus* nell'autorevolezza del suo **magistero** autentico, se pur confortato dal *sensus fidelium*. Più di recente, a fronte della resistenza strenua della dottrina di Curia a una innovazione del genere, l'A. ha proposto di attuare almeno una disseminazione del potere primaziale mediante la restaurazione di un pluralismo di patriarcati – sul modello dei vicariati regi che assecondarono l'imperialismo dei re cattolici a far tempo da Alessandro VI – nella costituzione attuale della chiesa cattolica. Misura, che non potrebbe però essere spesa certamente da sola, senza che la rigidità della attuale figura monarchica del vescovo diocesano lasci spazio a una cultura e a una pratica del pluralismo, mediante una cessione di poteri analoga sia in favore di centri di potere interni alla diocesi, sia in direzione delle conferenze episcopali nel cui ambito quest'ultima si trovi a ricadere territorialmente; ambito nel quale dovrebbe operare altresì, come il progetto di codice presentato a Giovanni Paolo II prima del 1983 prevedeva, un sistema giustiziale adeguato di tutela dei diritti umani nella Chiesa.

Altra direzione di riforma potrebbe essere quella della trasformazione in mandato a termine dell'attuale elezione a vita del pontefice romano; il quale, da *vox magisterii* suprema, con il decadere dal suo *status* giuridico primaziale si troverebbe ridotto di nuovo a semplice vescovo, seppure membro di un collegio cardinalizio le cui funzioni sempre più dovrebbero essere contenute in momenti cerimoniali, o di eccezione. Un controsenso? Ma che il diritto canonico governi *in toto* le situazioni spirituali sottostanti è un dato banale e consueto del sistema cattolico, dal rapporto tra contratto e sacramento nel matrimonio, a quello tra *ordo* e *jurisdictio* nel conferimento (e nell'esercizio) dell'ufficio ecclesiastico. Si tratta certo di problemi da indagare in tutta la loro complessità storico-teologica; e, qui come altrove, ci si trova di fronte a questioni di trasformazione tale dello *status generalis ecclesiae*, da richiedere la convocazione di un **nuovo concilio**: “possibilmente cristiano”, come si precisò dai ranghi degli osservatori evangelici al tempo della chiusura dei lavori del Vaticano II, e come è mostrato dall'impermeabilità storica della Curia (si pensi alla sorte dei concili di Costanza, o di Firenze) di fronte a riforme che tocchino le questioni sul potere nella Chiesa.

A mutamenti del genere ci si dovrà accingere quale che sia la sorte del delfino, assunto *in pectore* come proprio successore dalla grande figura del restauratore polacco della repubblica cristiana; la lezione dottorale sull'islam, letta a Ratisbona da Benedetto XVI, mostra difatti in filigrana il suo rapporto di continuità assoluta (anche se non certo lo stesso *phisique du role*) con lo stile di astratta fissità dottrinale e di sostanziale espansione aggressiva del predecessore. Potrebbe forse anzi dirsi che, se l'affinità è politica, culturalmente ci troviamo davanti perfino alla ripresa di alcune connotazioni del magistero pacelliano.

Che il sistema sia d'altronde prossimo ai limiti di rottura, lo dimostra l'isterismo con cui suole reagire di fronte alle proposte che l'obbligherebbero a riconsiderare lo statuto delle differenze **di genere** nella Chiesa. Un potenziale accesso autorevole della donna a ruoli ecclesiali – fosse pure solamente a quello di persona unita ad un prete nel sacramento del matrimonio – è vissuto come una intollerabile rivoluzione culturale, tale da legittimare un magistero approssimativo, o improvvisato (qualcosa di simile a quella che gli antichi chiamavano *aequitas bursalis*, o *cerebrina*), per contenere i prudenti rilievi critici che, da più parti, si levano oramai contro una sessuofobia millenaria. Bisogna guardare oltre, bisogna cercare ancora.

Ad avviso di chi scrive, uno dei punti preliminari da affrontarsi, in tutto questo contenzioso, è la necessità di riportare *sub lege* l'attività di magistero, cui i cann. 749 ss. del codice attuale sembrano aprire spazi eccessivi perfino rispetto a quelli concessi dai cann. 1323 ss. del codice Gasparri. Al riguardo, ci sarebbe pure da aprire tutta una discussione sul punto dell'abuso di questa potestà, oltre che sull'applicabilità, agli atti in cui essa si concreti, delle regole di validità degli atti giuridici, previste dai cann. 124 ss.

In punto di merito, non di dettaglio appare qui la questione (posta con sospetto intento machiavellico di *divide et impera*) proposta da alcuni interventi della Congregazione dottrinale in materia di rapporti tra conferenze episcopali e autorità dell'ordinario diocesano....

Purtroppo, la maggioranza della canonistica italiana si è ben presto allineata sugli interessi della Santa Sede quanto alla prospettiva concordataria, mentre ha perso pure ogni ambizione di dare sostanza ai fermenti critici in essa seminati dal Concilio, sia pure sempre più stancamente, fino alla fine degli anni '80. Altrove, le cose non vanno molto meglio, a meno che l'avvento del governo Zapatero non giunga a provocare in Spagna una secolarizzazione separatista del rapporto tra Chiesa e Stato, tale da liberare energie – vivaci soprattutto in Catalogna – attualmente compresse da un sistema di omertà clericale dominato dall'*Opus Dei*.

E tuttavia, nella vecchia Europa si continua a fare buona, e talora ottima teologia; purché non si tocchino temi tali, che la Curia possa considerare

una minaccia al suo potere, come nel caso delle ricerche sul pluralismo del compianto p. Dupuis della Gregoriana.

Il serbatoio delle forze di opposizione più temibili per la Curia continua ancora ad essere la Germania; e non è forse un'occasione di circostanza quella che ha condotto Hans Küng ad un incontro recente con Benedetto XVI. Del resto, è stata la canonistica tedesca ad individuare nell'istituto della *remonstratio* l'unico sindacato di costituzionalità nella Chiesa, ed a provarne l'efficacia in più occasioni di protesta verso disposizioni pontificie ritenute in contrasto con la costituzione divina di essa, o con principi di ordine pubblico della tradizione canonica (*status generalis ecclesiae*).

Nel frattempo, una canonistica di minoranza, che lavora in piena trasparenza ed in assoluto lealismo confessionale per un rinnovamento ecclesiale omogeneo alle libertà europee, rivendica il pieno diritto di chiedere ai propri colleghi studiosi delle materie contigue nelle università statali (per lo meno quelle a statuto pubblico) di operare per una evoluzione dell'attuale *jus publicum europaeum* che, senza ricorrere a misure giurisdizionaliste di disfavore o di vantaggio per taluna delle confessioni esistenti, imponga almeno la cessazione, ovunque si riscontrino, di pratiche discriminatorie, o di soppressione dei diritti umani **all'interno** delle formazioni confessionali stesse. Ci conforta l'orientamento delle corti internazionali, ma non sempre la giurisprudenza di quelle statuali; che vediamo perfino in Germania aprire varchi alla violazione dei diritti umani mediante un acritico rinvio ai principi interni dell'ordinamento confessionale.

VIII. *Tra contestazione frontale e diffusione graduale di fermenti evangelici*

Dalla narrazione che precede risulta chiaro come la partita del postconcilio sia stata, anche in Italia, giocata su più registri, sia dalla parte del sistema la cui riforma era in questione, sia dalla parte delle forze che miravano alla soppressione delle incongruenze di tale sistema meno accettabili.

Sul versante del movimento di riforma, alla prima fase di contestazione globale ha fatto seguito quella, più riflessa, della ricerca graduale dei punti più vulnerabili da sottoporre a critica, contando sulle opportunità di confluenza di un consenso più largo del popolo cristiano su certi mutamenti proposti da gruppi di avanguardia.

La predicazione lecciana per una chiesa dalla parte dei poveri ha raccolto, quanto meno, la messe di una straordinaria diffusione di opere di volontariato totalmente controllate da laici, così come l'impegno di papa Giovanni XXIII per la pace ha reso irreversibile la transizione oltre una frontiera culturale

ancora impervia ai tempi della guerra fredda. Quanto al dialogo ecumenico, la lucida positività di alcune straordinarie convergenze dottrinali contrasta con le resistenze gerarchiche (non solo cattoliche) di fronte alle attese del popolo cristiano di renderle in qualche modo operative e visibili in termini di concreta confluenza disciplinare e liturgica.

Residuano sacche di resistenza, mediante le quali la Curia tenta di recuperare qualche spazio per vecchi istituti da archivio, come i cappellani militari, o come le antiche e paternalistiche “opere di carità” in un contesto, in cui darsi a opere sociali è oramai viceversa inteso, quasi universalmente, come un atto di resa giustizia verso gli oppressi e gli sconfitti della storia.

Residuano del pari, e sempre più si affermano col sostegno della Curia, gruppi di opinione e movimenti “devoti”, che vengono anzi assunti a funzioni di supplenza istituzionale da un sistema gerarchico sempre più indebolito, quantitativamente e qualitativamente, al punto da richiedere l’ausilio continuo di puntelli esterni, pattizi e non, per sopravvivere a sé stesso.

Ma in ogni caso, l’azione e l’influenza del laicato sempre più si rafforzano, anche a prezzo dell’emarginazione capitata proprio a chi aveva avuto la lucidità di mettere per primo in circolo fermenti che, raccolti da altri, hanno poi reso frutti sovrabbondanti. Sorte non molto diversa era del resto capitata in Italia, a suo tempo, al movimento valdese, la cui seminazione era destinata ad essere poi raccolta dagli ordini mendicanti, soprattutto in ambito francescano.

A profonde riforme, dal loro canto, si sono sottoposti i principali ordini religiosi (riforme non di rado vere, per quanto contrastate); mentre una immensa costellazione associativa spesso incurante di approvazioni canoniche (ritenute sempre più spesso un vincolo molesto alla spontaneità dello Spirito) si estende e si espande ben oltre i confini della distinzione del codice del 1983 tra persone giuridiche pubbliche e “private” (queste ultime da tenersi in situazione di continua ingerenza gerarchica, fino a sottoporsi ad incursioni umilianti di controllo ispettivo, per non parlare di vere e proprie spoliazioni arbitrarie, come nel caso Pintonello).

E se le rare figure profetiche della Chiesa gerarchica (i Pellegrino, i Bettazzi, i Dossetti, i Martini) sembrano destinate in Italia ad oblio inevitabile, non altrettanto accade della loro testimonianza; che feconda continuamente i recessi carsici della tradizione religiosa di questo grande paese, in sinergia con quella di grandi ‘sospetti’ come Balducci o Turollo, Milani o De Piaz, oppure di quella di grandi laici come i Carretto, i Gozzini, i La Valle, i Masina (e la Pia Bruzzichelli!), o di storici della Chiesa autorevoli ma liberi come Alberigo, Miccoli, Scoppola ed Ulianich.

Come una dozzina di anni fa rilevava l’ambasciatore Pompei nel suo saggio

Un ambasciatore in Vaticano. Diario 1969-1977, è grazie a nomi come questi (e a mille altri meno noti, ma scritti nei cieli) che l'onore del Concilio è rimasto salvo sotto la tempesta, in Italia, fino alla “normalizzazione” canonica e concordataria attuata sotto il pontificato di Giovanni Paolo II.

È vero che vi è un rapporto problematico tra storia e memoria; sicché non mancheranno contrasti metodologici sulla possibilità di trarre – certo tanto a ridosso del fenomeno – conclusioni della gravità di quelle che la semplice testimonianza di un giurista propone qui, a partire dalla propria esperienza, al comune buonsenso della opinione pubblica della Chiesa. Si tratta ovviamente di una testimonianza che non ammette generalizzazioni, pur avendo alle spalle il supporto di una letteratura ormai cospicua, alla quale si è ritenuto finora opportuno rispondere col sistema ovattato del silenzio tombale.

Continuare infatti con lo stesso sistema (alternativo a quello dell'aggressione e della calunnia) potrebbe portare a qualche ulteriore rischio d'immagine; alimentando magari l'approfondimento, a livello storiografico, di un processo situato forse ancora in una fase meramente indiziaria. Ma per quanto valga, è qui vero pur sempre, nel bel latino della Volgata di S. Girolamo, che *oportet ut scandala eveniant*.

APPENDICE

I°

Lettera di mons. Ivan Illich alla Congregazione della Dottrina della Fede
(18 giugno 1968)

Da: Adista, 5 gennaio 2008

Mons. Illich, il 18 giugno del 1968, si presentò al Sant'Uffizio. Rifiutò di vedersi con mons. Caloria e chiese di incontrarsi con il card. Seper, a cui affidò una lettera in un italiano perfetto [Il testo integrale di questa lettera, tradotto in spagnolo, è consultabile all'indirizzo <http://www.atrío.org/?p=984>. Adista ne riporta qui solo alcuni stralci, *ndt*].

“Eminenza reverendissima, (...) Di fronte ad atti autoritari tanto discutibili (almeno secondo me), per il contenuto e per la forma, ad un cristiano, ad un sacerdote, non rimane che una rigida alternativa tra due posizioni (...).

O uno si abbandona (potendo farlo senza mancare ad altri doveri ancora più imperativi, soprattutto rispetto a terzi) fino alla fine, senza neppure esporre la riserva più ragionevole o la difesa più legittima, o uno deve (non per sé,

non “pro domo sua”, ma unicamente per il superiore motivo della difesa della stessa costituzione divina della Chiesa e dell’onorabilità delle istituzioni ecclesiastiche) sistematicamente opporsi a quanto si allontani dal Vangelo, dai principi divini che regolano la Chiesa e dalle stesse disposizioni dei Concili e soprattutto del Concilio Ecumenico Vaticano II (...). O si opta per la prima soluzione o si opta per la seconda. Non ha senso attenersi un po’ all’una e un po’ all’altra. Per quello che mi riguarda, confesso che mi sono deciso per la prima soluzione e, giunto a questo punto, per tutto quello che è il mio caso, farò mio il seguente imperativo: “a chi ti vuol chiamare in giudizio per toglierti la tunica, tu lascia anche il mantello” (Mt, 5,40) (...).

Oggi mi confermo in questa posizione, soprattutto dopo che mi è stato consegnato l’elenco delle 86 domande. L’interrogatorio, per il contenuto di ciascuna delle domande, per il loro insieme, per il suo spirito, è ‘a priori’ tale da non consentirmi alcuna possibilità di chiarire il mio vero pensiero, la realtà della mia personalità cristiana, della mia fede (...). Di più, un tale interrogatorio sembra essere confezionato (...) per indurre l’accusato a trasformarsi lui stesso in giudice e accusatore di altre persone, al punto che sembra che alcune domande siano formulate per chiedere a me, sacerdote e amico, di coinvolgere o accusare altri amici e fratelli, compreso il vescovo della diocesi in cui vivo e lavoro. Pertanto non mi pare possibile in nessun modo:

- riconoscere nel documento che mi è stato consegnato la base (...) per poter formulare la mia difesa;
- tentare – come desidererei tanto – l’espressione sincera, umile, filiale della mia fede, della mia piena disponibilità nei confronti della Chiesa, dei criteri, dei fini e dei modi della mia attività e del mio servizio (...)

Conclusione

1) Non posso e non devo accettare la base inquisitoria che mi è stata proposta perché non risponde né ai principi di ordinamento della Chiesa né a un modo umano e spirituale di relazione tra la S. Madre Chiesa e i suoi figli, anche qualora fossero colpevoli.

2) Quanto alle domande, nel momento in cui rinnovo la mia piena e incondizionata professione di fede, posso solo citare un documento che la Congregazione per la Dottrina della Fede pare disconoscere. Si tratta di un *dossier* sul Cidoc elaborato dalla Commissione inviata dal Celam a Cuernavaca nel novembre del 1967 per valutare la natura dei servizi che il Centro può prestare in campo pastorale. In quella occasione, spontaneamente, mi sono sottoposto a un esame sulle mie posizioni dottrinarie e sui miei comportamenti. L’esame portato a capo da tale Commissione copre quasi tutti i punti rilevanti del questionario che ora mi si propone. Tale *dossier* è stato inviato

al S. Padre, secondo le informazioni del presidente del Celam.

3) Oltre a riaffermare, in ogni caso, la mia piena disponibilità ad ogni ritrattazione che mi si richieda con motivo fondato e provato, devo ribadire quanto da me scritto il 25 marzo 1968 a S.E. mons. Guido del Mestri, delegato apostolico in Messico: cioè che, a partire da quella data, ho sospeso la celebrazione pubblica della S. Messa, la pubblicazione di articoli in materia teologica, le pubbliche conferenze sulla stessa materia, predicazioni ai ritiri, ecc.

4) Ho intenzione di continuare così finché rimarrà un dubbio o una riserva dei miei superiori verso di me, anche qualora si tratti di un dubbio e di una riserva infondati. Sono dell'opinione che in ogni sacerdote si uniscono, e purtroppo solitamente si confondono, il carattere permanente del sacerdozio con il conseguente "munus" di presiedere l'eucarestia trasmesso dal suo vescovo, e lo stato clericale rappresentato conseguentemente dalle istituzioni ecclesiastiche, dalla sua autorità e dai suoi poteri giuridici e ruoli sociali. Il "munus" sacerdotale è un dono gratuito del Signore attraverso la Chiesa: per quanto rimanga indelebile, di fatto dovrebbe essere esercitato solo in piena comunione e con la piena fiducia da parte della stessa Chiesa. Lo stato clericale e i suoi poteri e compiti di rappresentazione esterna delle istituzioni ecclesiastiche non sono indelebili e sono condizionati al riconoscimento da parte della Chiesa. La mia coscienza mi dice che non devo esercitarlo se la Chiesa mi nega la piena fiducia e se ritiene che non può riconoscersi – per quanto per motivi provvisori e opinabili – nei miei atteggiamenti contingenti e relativi ad una certa situazione storica. "Quod gratis ab Ecclesia accipi, sempre gratis renuntiabo".

Con la speranza che queste righe, pensate e scritte in tutta semplicità e sincerità, riescano ad esprimere, nonostante lo scarso tempo disponibile e le limitazioni inevitabili di una lettera, il mio animo più profondo, confidando nella comprensione da parte di Sua Eminenza, mi professo umilissimo figlio di Sua Eminenza Rev.ma".

* * *

II°

Lettera all'Assemblea permanente di Parma (Comunità dell'Isolotto)

22 settembre 1968

Desideriamo esprimervi la nostra piena solidarietà col gesto che avete compiuto sabato 14, dandovi convegno nella Cattedrale di Parma ed occupandola con la Vostra Assemblea. Concordiamo pienamente con gli scopi della vostra

azione, primo fra tutti “chiedere una scelta discriminante tra coloro che sono dalla parte del Vangelo dei poveri e coloro che servono due padroni, Dio o il danaro”. Siamo convinti che si tratta di una richiesta veramente evangelica: “Beati voi che siete poveri ... ma guai a voi ricchi ...”. Può esserci una scelta discriminante più netta? Una scelta consacrata dalla morte di croce, cioè dalla partecipazione piena di Cristo alla sorte dei poveri, dei discriminati, degli oppressi: “fu crocifisso fra due ladri ... così si adempì la Scrittura che dice – è stato annoverato fra i malfattori –”. Rigiri di parole, interpretazioni accomodate, non riescono ad attenuare la portata di questa chiara e fondamentale scelta evangelica. Purtroppo tale scelta discriminante non risulta alla base del Vangelo che predichiamo. Viviamo in una chiesa che non ha a fondamento i poveri, gli oppressi, i rifiutati, gli affamati e assetati di giustizia.

La Gerarchia e la parte ufficialmente più responsabile della Chiesa non fa parte del mondo dei poveri, dei rifiutati, degli oppressi. Il Papa, i Vescovi e spesso anche i sacerdoti e i laici più qualificati sono ricolmi di onori, di potere, di prestigio, di privilegi, di amicizie influenti, di cultura ed in ultimo anche di beni. Non vogliamo mettere in dubbio la loro buona fede e il loro impegno per risultare poveri nello spirito, la sincerità del loro desiderio di parlare ai poveri, di consolarli, di aiutarli ed infine anche un certo coraggio nell'esortare i ricchi e nel chiedere più giustizia. Non si fa questione di buona volontà. Si tratta invece di sapere se quella che si proclama la Chiesa di Cristo è veramente crocifissa con Lui sul legno della maledizione, sul legno della disoccupazione, della instabilità e incertezze per i domani, dello sfruttamento, della discriminazione, del disadattamento sociale, della privazione di dignità umane, della fame ecc. O se piuttosto sta a guardare il Cristo che vive nei poveri, esortandolo, consolandolo e confortandolo con una spugna inzuppata nell'aceto. Si tratta di sapere se la Chiesa è “uscita a patire con Cristo fuori delle mura di Gerusalemme per sopportare con Lui l'ignominia” (Ebrei), se è decisa a uscir fuori dalle strutture oppressive, fuori del sistema iniquo che si fonda sullo sfruttamento dell'uomo sull'uomo, fuori dell'imperialismo del denaro che crea lo squilibrio paurosamente crescente tra i popoli della fame e quelli dell'opulenza, fuori della cerchia ristretta dei privilegiati, dei rispettati, dei temuti ... O se invece la Chiesa è invischiata entro le mura del sistema, coperta magari dall'ipocrisia del neutralismo. “La Parola di Dio viene incatenata dai fortissimi legami degli interessi finanziari. Questa è la tragedia della nostra Chiesa Cattolica in tanti paesi occidentali: i pastori perdono spesso la coscienza del loro ruolo profetico e dormono nella dolce ubriachezza di un culto finanziato dai grandi padroni del capitale, che stringono la Chiesa con i legami aurei delle loro splendide elemosine. Le nostre mani cristiane hanno perduto la sensibilità evangelica e non si bruciano più nel ricevere l'oro diabolico dei “cristianissimi” sfruttatori

della nostra società ... Una Chiesa che ammette indiscriminatamente alla mensa eucaristica sfruttati e sfruttatori senza denunciare efficacemente questa degradante situazione non fa che “mangiare e bere senza discernere il Corpo del Signore”, ossia senza attribuire al cibo e alla bevanda eucaristica il loro valore di agglutinante sociale; pertanto commette un tremendo sacrilegio: “mangia e beve il proprio castigo”. (J.M. Gonzales-Ruiz).

Si tratta di sapere se veramente la Chiesa è al servizio del Vangelo “nascosto ai saggi ed agli intelligenti e rivelato ai piccoli”, se assolve la missione di Cristo: “Portare ai poveri la buona notizia, sollevare i cuori sfiduciati, annunziare ai prigionieri la libertà, restituire ai ciechi la vista, rendere liberi gli oppressi” (Lc 4, 14-30). O se invece la Chiesa è di fatto a servizio di coloro che strumentalizzano il Vangelo per tappare la bocca ai piccoli, nei quali è vivente lo Spirito di Cristo per negare ai poveri la buona notizia, deprimere i cuori sfiduciati, soffocare la libertà, impedire ai ciechi la vista, rendere più dura l’oppressione. Si tratta di vedere se quella che si proclama “la Chiesa” ha veramente amore per la Chiesa, come dice il Papa: se essa risulta veramente dalla “intercomunione di quanti vivono nella carità”; se veramente essa è la famiglia nella quale si spezza tra tutti il medesimo pane. O se invece il discorso dell’amore alla Chiesa e dell’intercomunione nella carità è la lapide imbiancata posta ad un sepolcro che nasconde il putridume, che nasconde cioè una inimicizia strutturale verso i poveri, una inuguaglianza e una mancanza di amore che gridano vendetta al cospetto di Dio.

La nostra coscienza cristiana ci impedisce di essere d’accordo col Papa quando vi accusa di mancanza di amore verso la Chiesa, quando vi rimprovera di esservi impoveriti e svuotati di amore apostolico, fino a diventare molesti e nocivi alla Chiesa di Dio, quando addirittura vi definisce nemici. L’accusa del Papa si addice piuttosto a coloro che hanno chiamato la polizia per cacciarvi fuori dalla vostra casa.

Non siamo neppure d’accordo col vostro Vescovo il quale asserisce che il vostro metodo non è evangelico ed è lesivo della dignità e del rispetto che si devono alla persona umana. Come se fosse evangelico e rispettoso il metodo di costruire chiese col denaro proveniente dallo strozzinaggio legalizzato delle banche. Non siamo d’accordo col vostro Vescovo il quale dice che “la occupazione della cattedrale, dove la Chiesa annuncia la Parola di Dio e celebra l’Eucaristia (che salda i fratelli in un profondo vincolo di unità e carità nel corpo mistico di Cristo), dimostra incomprensione delle linee di fondo della fedeltà a Cristo e alla chiesa”.

Come fa il vostro Vescovo a parlare di Chiesa che annuncia la Parola divina ? Per noi cattolici l’annuncio è una realizzazione efficace, non mera parola. E dov’è che la Chiesa è impegnata ad annunciare efficacemente la Parola di

Dio, cioè la Buona Novella ai poveri ? In coloro che hanno la bocca piena di “pie esortazioni e sante trivialità ?”. (M.L. King).

Oppure in quanti s’impegnano per denunciare la radicale ingiustizia e assurdità del nostro sistema sociale e per crearne uno nuovo che realizza meglio la volontà di Dio ? Come fa il vostro Vescovo a parlare di Chiesa che raduna il popolo di Dio ? Si è forse dimenticato che il Popolo di Dio è nato in Egitto come popolo di oppressi ed è stato rigenerato da un Oppresso il quale porta ancora nelle sue membra i segni della oppressione subita da parte dei potenti ? Osservi quanti, fra i radunati nella sua cattedrale e nelle cattedrali del mondo intero, portano nelle loro membra le stigmate della oppressione subita a causa della giustizia. Faccia il confronto con quanti si rifiutano di andare nelle cattedrali e nelle chiese perché le vedono come strumenti della loro oppressione.

Se farà questo esame in maniera obiettiva e disinteressata sarà ben contento che finalmente, attraverso di voi, nella sua cattedrale si è aperto un piccolo spiraglio verso la effettiva riunione del popolo di Dio.

Vi salutiamo fraternamente.

* * *

III°

Sentenza 24.8.79 del Pretore di Gioiosa Jonica (RC)

(Vertenza trattata dallo stesso Pretore in sede di opposizione di terzo all’esecuzione e dalla Corte di Reggio quanto a opposizione ex art. 404 c.p.c., proposta da centinaia di fedeli)

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Pretore del Mandamento di Gioiosa Jonica dr. Vincenzo Petrocelli ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile tra Ritorto Immacolata, attrice, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Arturo Crisarà, Francesco Zanchini e Roberto Folchitto

CONTRO

Mons. Francesco Tortora, vescovo di Gerace-Locri, quale legale rappresentante del Beneficio Parrocchiale di S. Rocco, rappresentato e difeso dagli Avv.ti Giulio Scaglione e Renato Baccari, avente per oggetto manutenzione nel possesso.

All'udienza del 14/2/1979 i procuratori delle parti rassegnavano le conclusioni ed alla udienza del 17/5/1979 la causa veniva assegnata a sentenza.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con ricorso depositato presso la Cancelleria di questa Pretura, Ritorto Immacolata ed altri premesso che, da oltre un anno si trovavano nel pacifico ed ininterrotto possesso, acquistato a suo tempo in piena buona fede, dell'edificio di culto denominato Chiesa di San Rocco, in Gioiosa Jonica, oltre che degli arredi e pertinenze addetti al culto medesimo; che la contitolarità dei ricorrenti nel detto possesso era dimostrata dal fatto che nel periodo predetto, avevano sempre avuto le chiavi della chiesa in parola, della quale avevano fruito nel quadro della *dicatio ad cultum*, e che tale possesso appariva qualificato in termini di insolito spessore ed in modo pubblico e notorio, estrinsecandosi con la scritta "La Chiesa è del Popolo" affissa da anni sul frontone del Tempio; che viceversa, in esecuzione di una sentenza 10 novembre 1977-10 aprile 1978 della sezione di Corte di Appello di Reggio Calabria, l'Ufficiale giudiziario della Pretura di Gioiosa Jonica, richiesto dal Vescovo di Gerace-Locri, aveva avvertito don Natale Bianchi, già Vicario economo del beneficio parrocchiale, che il giorno 5.6.1978 avrebbe immesso un terzo nel possesso della stessa Chiesa di San Rocco di Gioiosa Jonica, posseduta dai ricorrenti; tutto ciò premesso, rilevando che il predetto preavviso di rilascio, intimato in esecuzione di una sentenza non pronunciata in loro contraddittorio, preludeva allo spoglio del possesso ultrannale, ininterrotto e notorio da essi direttamente esercitato sulla Chiesa di S. Rocco, e costituiva nella sua materialità atto di molestia nel predetto possesso, ricorrevano dinanzi a questo pretore perché venissero disposte misure a tutela della loro situazione possessoria, e, in particolare, chiedevano che venisse ordinato al Vescovo di Gerace-Locri di astenersi da ogni ulteriore atto di molestia, proseguendo l'azione esecutiva intrapresa con la notificazione del preavviso di rilascio della Chiesa di S. Rocco.

Instauratosi il contraddittorio, all'udienza del 2 giugno 1978 si costituiva mons. Francesco Tortora, vescovo di Gerace-Locri, depositando comparsa di risposta, con cui deduceva l'inammissibilità e la infondatezza del ricorso proposto da Ritorto Immacolata ed altri. Ordinata la manutenzione del possesso dei ricorrenti, con provvedimento di questo Pretore in data 9 giugno 1978, la causa, attese le eccezioni pregiudiziali avanzate dalla difesa del convenuto, all'udienza del 30 giugno 1978 veniva riservata per la decisione. In data 17 agosto 1978 veniva emessa da questo pretore sentenza non definitiva con la quale si affermava la legittimazione *ad causam* e *ad processum* dei ricorrenti ad esprimere l'azione di manutenzione del possesso, proposta con ricorso depositato in data 2.6.1978 e la propria competenza per materia a giudicare del ricorso predetto.

Successivamente veniva istruita la causa con l'esame di alcuni testi di entrambe le parti. Precisate dalle parti le proprie conclusioni di merito come in epigrafe riportate all'udienza del 14.2.1979, la causa veniva riservata per la decisione definitiva.

MOTIVI DELLA DECISIONE

La causa, sottoposta al giudizio di questo Pretore, presenta questioni di carattere preliminare avanzate dalla difesa del convenuto. Occorre stabilire se nel caso del diritto di una collettività ad assistere all'esercizio del culto in una chiesa (art. 831 2° comma c.c.) ricorra un diritto reale di servitù di uso pubblico ed una volta risolto positivamente tale quesito occorre successivamente stabilire se da parte dei ricorrenti sia stata esercitata una situazione possessoria corrispondente al predetto diritto, tutelabile con la esperita azione di manutenzione.

La servitù di uso pubblico si sostanzia in un diritto reale di natura essenzialmente pubblicistica il quale grava su di un bene privato a favore di una collettività di persone per il soddisfacimento di un pubblico interesse. Il concetto di *publica utilitas* – nella predetta servitù – è stato ripetutamente affermato in giurisprudenza – non si esaurisce in quello della pura e mera necessità, intesa in senso assoluto, ma comprende, invece, ogni vantaggio che la collettività possa ritrarre, sia esso di natura economica ovvero spirituale od estetica, onde è sufficiente che essa collettività possa conseguirne un mero diletto. Il diritto di uso pubblico non è né alienabile né prescrivibile e quindi non può estinguersi col semplice non uso protratto nel tempo, salvo che col fatto obiettivo della cessazione dell'uso pubblico concorrano circostanze tali da far presumere la volontà dell'autorità pubblica di non mantenere tale destinazione. La servitù di uso pubblico ha natura di diritto reale di godimento, costituito su di un bene privato a vantaggio delle collettività dei cittadini "per il conseguimento di fini di pubblico interesse" (art. 825 c.c.) corrispondenti a quelli cui servono i beni demaniali. Detta servitù, a differenza di quella prediale di natura privata, presuppone dal lato attivo una comunità di persone che, seppure non organizzate in ente pubblico territoriale, si presenti tuttavia come una collettività individuata di individui, considerati non *uti singuli*, ma *uti cives*, e cioè quali titolari di interessi di carattere generale. In ordine alla pubblica utilità, se essa è configurabile, in senso ampio, cioè da comprendere ogni utilizzazione non solo in vista di una specifica necessità, ma per il conseguimento di uno specifico vantaggio, sia anche a titolo di mera comodità, deve pur sempre rendere possibile la realizzazione di un fine di pubblico interesse. Tale connotazione finalistica si risolve, in definitiva, nella generalità di un uso indiscriminato da parte dei singoli e presuppone la og-

gettiva idoneità del bene privato al soddisfacimento di una esigenza comune ad una collettività indeterminata di cittadini.

Siffatti elementi distintivi non ricorrono quando l'uso è esercitato per esigenze connesse alla privata utilizzazione dei singoli utenti ovvero per una specifica utilità prediale, e quindi soltanto dalle persone che si trovano in una posizione qualificata rispetto al bene che si pretende gravato: in tali casi, pertanto, non si verifica quella eccezionale ed eventuale convergenza, pur così frequente nel campo del diritto pubblico, dell'interesse individuale con quello generale, ma si ravvisa solo una posizione individuale e privatistica di determinati soggetti, assolutamente inidonea, come tale, ad integrare la esistenza di un diritto reale pubblico di godimento.

Tali caratteri si ravvisano nel caso del diritto di una collettività ad assistere all'esercizio del culto in una chiesa, sia essa di proprietà di un ente ecclesiastico o di privati. Il pubblico dei fedeli pertanto ha un diritto di uso sulle chiese analogo a quello degli abitanti di un comune di passeggiare in una villa privata, di attingere acqua ad una sorgente, di frequentare biblioteche e musei privati, diritto di carattere demaniale, inalienabile e imprescrittibile, benché la cosa su cui cade non sia demaniale ma soggetta alla proprietà privata.

L'elemento essenziale ai fini della configurazione della servitù pubblica è un complesso di persone, che *uti cives* esercitino diritto di uso su di un bene privato di proprietà altrui, definito *servitus*. Tale diritto ha un carattere reale, sostanziandosi in signoria di godimento su di un determinato bene di proprietà altrui.

Il fine di esercizio del diritto stesso – di culto – di carattere pubblicistico, qualifica la predetta servitù.

Tale diritto perfetto può essere pertanto fatto valere da ciascun fedele con una normale azione giudiziaria volta al suo accertamento e alla sua tutela. Qualificato come servitù di uso pubblico il diritto dei fedeli di assistere e partecipare alle pratiche di culto che si svolgono in una chiesa, occorre ora vedere se da parte dei ricorrenti, membri della comunità cristiana di S. Rocco, notoriamente, anche per ammissione dei procuratori del resistente, da anni accedano liberamente alla Chiesa di S. Rocco di Gioiosa Jonica per assistere e partecipare alle pratiche di culto che ivi si svolgono; che notoriamente i ricorrenti da oltre un anno si trovano nel pacifico ed ininterrotto possesso, acquistato a suo tempo in piena buona fede, dalla Chiesa di S. Rocco di Gioiosa Jonica oltre che degli arredi e pertinenze addetti al culto medesimo e che la contitolarità dei ricorrenti nel detto possesso è dimostrata dal fatto che, notoriamente, in detto periodo hanno sempre avuto le chiavi della chiesa in parola, della quale hanno fruito nel quadro della sua *dicatio ad cultum*; che inoltre tale possesso appare qualificato in termini di insolito spessore ed in modo pubblico e notorio e si manifesta fin

dalla scritta “LA CHIESA È DEL POPOLO” affissa da anni sul fronte della chiesa; e che notoriamente della Chiesa di S. Rocco i ricorrenti hanno sempre inteso godere a titolo originario non riconoscendo ad alcuno poteri contrastanti con tale loro possesso. Va pertanto tutelato il possesso sulla Chiesa di S. Rocco di Gioiosa Jonica dei ricorrenti in quanto conforme a legge.

In data 8.5.1978 l'Ufficiale Giudiziario addetto alla Pretura di Gioiosa Jonica notificava per conto di Sua Eccellenza Mons. Francesco Tortora a don Natale Bianchi, già vicario economo del beneficio parrocchiale di S. Rocco, preavviso di rilascio della Chiesa stessa in virtù di una sentenza 10.11.77-10.4.78 della sezione di Corte d'Appello di Reggio Calabria resa tra lo stesso don Natale Bianchi e mons. Francesco Tortora, per il giorno 5 giugno 1978. Tale preavviso di rilascio della Chiesa, intimato in esecuzione di una sentenza non pronunciata in contraddittorio con i ricorrenti, preludeva al loro spoglio nei confronti del possesso ultrannale, ininterrotto e notorio da essi stessi direttamente esercitato sulla Chiesa di S. Rocco. Tale preavviso di rilascio, costituendo atto di turbativa del possesso dei ricorrenti, deve essere represso in quanto illegittimo. Va pertanto pienamente accolto il ricorso proposto da Ritorto Immacolata ed altri per la manutenzione della loro situazione possessoria nei confronti della Chiesa di S. Rocco di Gioiosa Jonica. Deve di conseguenza essere diffidato il resistente da compiere ulteriori atti di turbativa del possesso dei ricorrenti.

Le spese della presente causa, atteso il suo particolare oggetto, si intendono interamente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Pretore, definitivamente pronunciando sul ricorso per la manutenzione del possesso depositato il 2 giugno 1978 da Ritorto Immacolata ed altri nei confronti di Mons. Francesco Tortora, Vescovo di Gerace-Locri così dispone:

ordina la manutenzione del possesso dei ricorrenti Ritorto Immacolata, Timpano Maria Luisa, Troppa Maria Rosa, Campolo Anna, Catalano Maria Santa, Agostino Elisabetta, Fonte Rosa, Trichilo Rosina, Zito Luisa, Schirripa Pasquale, Ollio Bruno, Bertolini Natalina, Lagnato Giuseppe, Ritorto Francesco, Bertolini Salvatore, Agostino Giulio, Racco Prima, Bruzzese Giulio e Parrelli Salvatore sulla Chiesa di San Rocco di Gioiosa Jonica;

diffida mons. Francesco Tortora, Vescovo di Gerace-Locri, dal compiere ulteriori atti di molestia o turbativa del possesso dei ricorrenti sulla Chiesa di San Rocco di Gioiosa Jonica;

dichiara interamente compensate tra le parti le spese del presente giudizio.

f.to PETROCELLI
Gioiosa Jonica 24.8.1979

* * *

IV°

Dichiarazione di teologi cattolici tedeschi *Magistero ecclesiastico e teologia*

Il Regno, 9/1981

A conclusione dell'assemblea dei membri del gruppo di lavoro dei teologi cattolici di dogmatica e fondamentale, che si è tenuta a Freising il 3.1.1981, è stata diffusa la presente dichiarazione sui rapporti tra magistero ecclesiastico e teologia.

Il problema è sempre caldo ma ha avuto momenti incandescenti ogni volta che un teologo è stato sottoposto a inchiesta da parte della Congregazione per la dottrina della fede (casi Küng, Pohier, Schillebeeckx). Il testo è molto sereno ed accoglie, in gran parte, i suggerimenti dati per i processi dottrinali da Van Iersel (cf. Regno-doc. 13,19,80,319; 15,19,80,378). È stato inviato ai presidenti delle conferenze episcopali tedesca, austriaca, svizzera e berlinese e anche al prefetto della Congregazione per la dottrina della fede.

(Testo originale. Nostra traduzione dal tedesco).

1. Il gruppo di lavoro dei teologi cattolici di dogmatica e fondamentale è convinto che la teologia cattolica, in quanto scienza della fede, è possibile solo nella comunità della chiesa, con il fondamento e sotto la norma della fede ecclesiale. È necessaria pure la comunione con il magistero ecclesiastico. Poiché oggi si tratta di presentare in maniera più credibile e più fondata il Vangelo, a servizio del quale sono sia il magistero che la teologia, nel contesto di nuovi problemi e di nuove culture, i vescovi e i teologi potranno adempiere alle loro specifiche responsabilità solo attraverso una leale collaborazione.

2. La teologia può svolgere il proprio servizio nella chiesa e alla chiesa solo nella libertà. Questa libertà, fondata nel Vangelo, richiede anche responsabilità per l'unità e la pace nella chiesa. Ma proprio per poter compiere questo servizio nella chiesa, la teologia deve ricercare liberamente e liberamente discutere i risultati delle sue ricerche. Perciò propone tesi e ipotesi che solo attraverso la discussione potranno rivelare la loro verità. Deve utilizzare nuovi metodi e rispettare l'autonomia delle diverse discipline. Inoltre, sul fondamento dell'unica fede della chiesa; sono possibili, anzi bisogna giungere a scuole e orientamenti differenti. La forma migliore per correggere tesi e indirizzi particolari è la libera discussione nell'ambito specialistico e scientifico.

3. È sempre possibile che accadano conflitti tra il magistero ecclesiastico e il singolo teologo, anzi, in certi casi è necessario a motivo della verità. Inol-

tre da tutte due le parti si può arrivare a oltrepassare i confini. Sarà allora diritto e dovere di un teologo richiamare e criticare un rappresentante del magistero, quando questi si esprimesse in modo incompetente nel campo teologico, o entrasse indebitamente nell'ambito della teologia. D'altra parte, il magistero ecclesiastico ha diritto e dovere di chiamare un teologo a render conto quando, a giudizio del magistero ecclesiastico, questi abbandonasse o falsificasse i fondamenti dottrinali della fede cattolica, generando confusione nella comunità ecclesiale dei credenti. Simili conflitti vanno superati con spirito di giustizia e di fraternità da tutte e due le parti, obiettivamente e senza attacchi personali. Le polemiche in pubblico nuocciono a tutte e due le parti e non aiutano l'edificazione della chiesa.

4. È dottrina cattolica che la decisione ultima nei conflitti dottrinali spetta alle istanze competenti del magistero ecclesiastico e che le decisioni di questo possono richiedere di venir adeguatamente rispettate anche quando non venissero pronunciate con forza vincolante in maniera definitiva, e quindi potrebbero essere fundamentalmente errate. Ma poiché la verità vuole convincere per se stessa, ci si attende che il magistero ecclesiastico presenti tali decisioni in maniera argomentativa, affidandosi quindi più alla potenza della verità e alla forza degli argomenti, che ai provvedimenti amministrativi; i quali non eliminano i problemi aperti, ma anzi possono recare gravi danni alla credibilità della chiesa.

5. Secondo la regola indicata nel Vangelo di Matteo 18,15-18, i processi dottrinali e i provvedimenti disciplinari possono essere solo l'ultima *ratio*, quando la discussione intrateologica, il dialogo personale e il richiamo pubblico siano rimasti infruttuosi e quando altrimenti deriverebbero gravi danni alla comunità ecclesiale dei credenti. In ogni caso i provvedimenti disciplinari possono essere adottati solo in base a una procedura stabilita, che sia tale da corrispondere al senso attuale del diritto e alla morale cristiana. Ciò significa innanzitutto:

1) che il teologo interessato venga ascoltato in base al diritto prima dell'apertura del processo e prima della sentenza finale; 2) che oggetto del processo siano solo le espressioni pubbliche fissate per iscritto dall'autore stesso o da lui riconosciute;

3) che siano dati in visione al teologo tutti gli atti riguardanti il processo ed egli abbia possibilità di replicare oralmente o per iscritto;

4) che il teologo interessato possa scegliersi liberamente un difensore (uno che lo affianchi nella discussione), il quale avrà il diritto di partecipare al colloquio facente parte della procedura;

5) che esista possibilità di appello a una istanza superiore contro una sentenza pronunciata; pertanto questi processi normalmente dovrebbero aver

luogo innanzitutto a livello della chiesa locale e/o della competente conferenza episcopale, e solo in sede di procedura di revisione presso la Congregazione romana per la dottrina della fede.

Al fine di evitare ogni ombra di parzialità, il magistero ecclesiastico dovrebbe nominare come consultori ed esperti solo persone di provata competenza e, nel caso che il problema da trattare fosse di particolare rilievo, dovrebbe tener conto anche di teologi delle diverse scuole e dei diversi orientamenti riconosciuti nella chiesa e possibilmente di altri settori culturali e di altre nazionalità. Perciò può essere utile, secondo un'antica tradizione, consultarsi con esperti delle facoltà: teologiche, oppure servirsi dei consigli e della mediazione di commissioni di teologi o di organismi simili.

Il gruppo di lavoro dei teologi di dogmatica e fondamentale è della convinzione che le norme procedurali, attualmente in vigore presso la Congregazione per la dottrina della fede, richiedono una urgente revisione sulla base dei punti indicati per una credibilità della chiesa e la pace nella chiesa.

6. Il gruppo di lavoro dei teologi cattolici di dogmatica e fondamentale, chiede ai vescovi di addivenire a quella fiduciosa e fruttuosa collaborazione, che durante il concilio Vaticano II era stata attuata con grande utilità della chiesa e della sua credibilità nel mondo, ma che nella fase postconciliare è stata compromessa da ambedue le parti. Pertanto è bene che, tra l'altro, avvengano regolari contatti e consultazioni tra vescovi e teologi, pur nel rispetto delle rispettive responsabilità. Il gruppo di lavoro e i suoi membri, da parte loro, si dichiarano pronti a una simile leale collaborazione a servizio della verità del Vangelo. Sono stati confermati in questa disponibilità dai discorsi di papa Giovanni Paolo II rivolti agli scienziati a Colonia e ai teologi a Altötting (rispett. 15 e 18 nov. 1980).

* * *

V°

A Roma con amarezza.

Il Regno/Attualità, 22/1982

Il clima e le difficoltà della chiesa alla vigilia della visita «ad limina» (17-23 genn.). La vera questione – secondo p. Van Munster, segretario della conferenza episcopale – è la riscoperta della fede. Una sfida comune a tutto l'Occidente.

Utrecht, novembre.

I vescovi olandesi saranno a Roma per la visita «ad limina» dal 17 al 23 gennaio 1983. Sono undici dopo la nomina di Nienhaus e di De Kok ad

ausiliari del cardinale Willebrands, a Utrecht, di Castermans ad ausiliare del conservatore Gijzen, a Roermond e di Bär, ad ausiliare di Simonis, a Rotterdam. Già è stato scritto (cf. *Regno-att.* 6, '82, 132) che alcune di queste nomine hanno suscitato vivaci e contrastanti reazioni. Si conosce bene l'amarezza del cardinale Willebrands per come vanno le cose nel dopo-sinodo (cf. *Regno-att.* 14, '81, 295). Si respira comunque un'aria di discreta bonaccia, ma non è vero che l'Olanda cattolica sia in pace. Tutt'altro. Non sono più acuti come un tempo i conflitti, ma ci sono ancora tensioni qua e là. Ma ciò che preoccupa e reca danno è l'indifferenza.

Riscoprire un clima di dialogo

È un'Olanda rassegnata? Ne parlo con il segretario generale della conferenza episcopale, il francescano Van Munster, 57 anni, un uomo poliedrico, laureato a Lovanio, esperto di Kierkegaard, a capo di commissioni e gruppi di lavoro nei settori della catechesi e della liturgia, vicario generale di Utrecht ai tempi del cardinale Alfrink e dal '64 al '70 vice provinciale del suo ordine in Olanda. Gode grande stima anche negli ambienti più critici verso la gerarchia e la curia romana. Conosce bene la situazione della chiesa olandese; e ha avuto l'opportunità di vedere i rapporti dei singoli vescovi per la visita «ad limina».

– Padre Van Munster: vorrei solo una parola sullo stato d'animo dei vescovi, in procinto di partire per Roma.

«I vescovi vedono l'imminente visita "ad limina" alla luce del sinodo particolare e dell'attuazione delle sue decisioni. È ovvio che a Roma diranno al santo padre e alle congregazioni romane come viene applicato il sinodo».

– Si tratta di rapporti strettamente personali?

«Sì, perché nessuno dei vescovi ha avuto colloqui e incontri con sacerdoti e laici per stendere questi rapporti».

– Lei è sempre a contatto con i vescovi, con i teologi e con la base. Che cosa è stato questo sinodo?

«È stato una svolta nella storia della chiesa olandese sotto molti aspetti. Sia i vescovi che i fedeli sono usciti da una specie di incanto. Un ruolo fondamentale l'ha avuto la stampa e non c'è stata sempre intesa tra i vescovi e i mezzi di comunicazione. Il grosso problema è questo: molti sacerdoti e molti laici – anche laici che ricoprono posti di responsabilità nell'insegnamento e nelle attività sociali – sono nell'incertezza. Non sanno che strada prendere. C'è una specie di malcontento, c'è stanchezza, c'è delusione... Non so come dire. È una situazione nella quale non si sa se verrà l'alta o la bassa marea. Un non so che di morto. Di questa atmosfera del dopo-sinodo s'è scritto molto. Ne hanno parlato libri, giornali, riviste».

– Subito dopo il sinodo ero quassù. C'era rabbia, indignazione, costernazione. Poi sono ritornato ancora e andavo costatando che, a poco a poco, si faceva strada la rassegnazione. Qualcuno chiedeva e si ostina a chiedere ancora un altro sinodo che andrebbe fatto in Olanda con la partecipazione di tutte le componenti del popolo di Dio. Che ne pensa?

«Non so che dirle. Dico soltanto che deliberare insieme con i sacerdoti e i laici, secondo me, è necessario per andare avanti. Ma prima si deve creare un clima che renda possibile una «deliberazione in comune». Ci vuole un'atmosfera di reciproca confidenza. Per di più, un sinodo tenuto una volta soltanto, non ha molto senso. Ci si dovrebbe incontrare con regolarità per poter seguire il processo di ri-orientamento. Continuare la «Deliberazione (Consiglio) pastorale nazionale» (*Landelijke Pastoraal Overleg*, più comunemente L.P.O.), in una forma adeguata, mi sembra che serva più che un sinodo con tutto il suo carico d'ordine giuridico».

Le vocazioni: forme e sostanza della crisi

– Di, che cosa, secondo lei, ha bisogno l'Olanda del dopo-sinodo?

«Prima di tutto deve costruire armoniosamente una comunità di fede, nella quale ognuno presti il suo servizio e svolga il suo compito. Un esempio: in Olanda, oggi come oggi, non è accettato pacificamente il rapporto tra il ruolo del vescovo e quello del catechista, del prete, del diacono, dell'operatore pastorale. Perché? Vede, da noi, vi sono interminabili discussioni su come far andare avanti le cose. Giustissimo. Ma c'è l'azione dello Spirito, che opera attraverso tanti canali e in molti modi. C'è confusione «pratica» dei ruoli e c'è confusione «teorica» riguardo all'origine del ministero nella chiesa. Prenda ad es., il libro di Schillebeeckx sul ministero sacerdotale e le critiche che ha suscitato nei libri di Van Bilsen, di Meershoek, ecc. E la lettera sul «Ministero nella comunità di Dio» (*Dienar in Gods Gemeente*, 1982) della conferenza episcopale».

– Ma Schillebeeckx ha scritto il libro per approfondire il ministero sacerdotale e per prospettare strade nuove.

«È vero che preoccupa moltissimo la nostra chiesa olandese la mancanza di preti. E pensare che questa nostra chiesa ne ha avuto di preti, di religiosi e di religiose... Ne ha mandate decine di migliaia in terra di missione. Proprio questa nostra chiesa – dicevo – ha adesso un numero di ordinazioni sacerdotali all'anno che si conta sulle dita delle due mani. I vescovi, preoccupatissimi per il futuro, reagiscono in modi diversi. Il vescovo di Roermond, Gijzen, ha fondato, anni or sono, un seminario a Rolduc, dove si preparano al sacerdozio anche quelli della diocesi di Rotterdam. Gli studenti provengono da tutte le sette diocesi, quasi venti all'anno, ma una volta sacerdoti, si occupano soltanto

nelle diocesi di Roermond e di Rotterdam. Gli altri vescovi, i superiori degli ordini e delle congregazioni religiose sono in collegamento con le cinque facoltà di teologia e le scuole superiori (Amsterdam, Utrecht, Nijmegen, Tilburg e Heerlen), dove hanno istituito “convitti” (*Konvikten*) o li istituiranno.

Come capita spesso di fronte a problemi così profondi e preoccupanti, si cercano con troppa facilità e disinvoltura dei capri espiatori. Per alcuni, sono i capi della chiesa che non vogliono staccare l’obbligo del celibato dal sacerdozio. Per altri, sono le scuole medie e le scuole che preparano agli studi superiori e i catechisti che vi insegnano, che non si prendono a cuore il problema. Per altri ancora sono le scuole superiori di teologia, che non creano il clima adatto per far nascere la vocazione al sacerdozio.

Si chiama in causa anche il seminario di Rolduc, che si comporta – secondo alcuni – in modo tale da fomentare riserve e critiche nei confronti delle altre possibilità di formazione teologica e sacerdotale.

Secondo me, s’ignora che proprio questi stessi problemi toccano anche la vocazione religiosa, dove non c’entrano affatto l’obbligo del celibato, le scuole medie e superiori, gli istituti di formazione, il seminario polarizzante di Rolduc. Ci sono molte congregazioni, fiorenti fino a poco tempo fa, che ora sono destinate all’estinzione.

Si dimentica poi di dire che i problemi non sono “tipicamente olandesi”, ma sono pressoché gli stessi in tutta Europa e negli Stati Uniti. Per me il problema è molto più profondo, è alla radice di ogni vocazione: sta nella fede in Dio, Padre di Gesù Cristo, solo Signore e redentore.

In Occidente è stata intaccata la radice della fede e una nuova fioritura di vocazioni al sacerdozio e alla vita religiosa si avrà soltanto se l’Occidente si convertirà di nuovo a Dio».

– C’è però in Olanda un fenomeno molto significativo. Un gran numero di laici si dà alla teologia, ma non al sacerdozio. Perché?

«L’insegnamento della teologia avviene nelle cinque facoltà e nelle scuole superiori, di cui le ho parlato prima. Vi studiano 1.300 persone tra uomini e donne. Di questi, l’85% si metterà al servizio della chiesa in un campo o nell’altro. Per lo più nel campo dell’insegnamento della religione nelle scuole, o come «operatori pastorali» nelle comunità. E qualcuno – davvero pochi – si fa prete. Ogni anno però ci sono studenti che bussano alla porta dei monasteri di contemplazione».

Difficoltà olandesi e risposte universali

– Lei è demoralizzato?

«Demoralizzato... I problemi della nostra chiesa olandese non devono essere negati. Ci sono, ma non devono essere visti – come le dicevo – come

tipicamente olandesi. Forse è il carattere dell'olandese, è il suo modo di fare che dà l'impressione di calcare le tinte. I cambiamenti culturali e anche quelli che riguardano la religione assumono da noi facilmente l'apparenza di una rivoluzione. Ma sono cambiamenti che investono anche i nostri paesi confinanti: il Belgio e la Germania, ad esempio.

Un'indagine scientifica ha messo in evidenza, già da molto tempo, che gli ideali della rivoluzione francese e dell'illuminismo hanno trovato soltanto adesso il terreno adatto per essere realizzati universalmente. Per questo, anche lo scontro con il cristianesimo diventa adesso una realtà universale. La tensione fra razionalità e fede, fra la possibilità di manipolare la natura e l'accettazione di un ordine nel creato, fra la coscienza di libertà e la creatività da un lato e la coscienza di sapersi sorretto da una tradizione tramandata attraverso generazioni. Questa tensione ha invaso tutto il mondo occidentale e si manifesta spesso in, un disimpegno verso il cristianesimo. È ridicolo allora aspettarsi dall' Olanda o dai vescovi olandesi la risposta a questi problemi universali».

(a cura di Francesco Strazzari)

* * *

VI°

I diritti del cristiano nella Chiesa

Il "Comitato per i diritti del cristiano nella chiesa" costituitosi nel dicembre 1979 nella Repubblica federale tedesca, su iniziativa di cristiani appartenenti a diverse confessioni in occasione del caso Küng, in data 24 aprile 1982 ha indirizzato ai vescovi e agli organi direttivi delle chiese evangeliche tedesche un ampio documento in cui fa il punto sulle ragioni che caratterizzano il suo impegno.

Vi si sottolinea dapprima la centralità del tema dei diritti dell'uomo nella dottrina cristiana relativa alla dignità creaturale, naturale e soprannaturale, dell'uomo. Si prende atto quindi del suo accoglimento, pur tardivo, da parte delle chiese e si osserva che esse non potranno però operare in modo credibile a favore di tali diritti finchè non avranno dimostrato di saperli applicare anche al proprio interno. Si indicano infine alcuni problemi su cui sembra particolarmente urgente che le chiese rivedano il proprio passato comportamento: la donna, gli omosessuali, gli "spretati", la ricerca teologica, la giustizia sociale con i dipendenti, l'ammissione ai sacramenti di persone divorziate che si risposino.

1. – *Autocoscienza del comitato*

Il “Comitato per i diritti del cristiano nella chiesa” si è costituito il 19 dicembre 1979 in occasione del ritiro del permesso di insegnamento ad Hans Küng. L'autocoscienza di questo comitato trova espressione nei seguenti punti:

Il comitato vuole essere un movimento ecumenico interno alle chiese, di cristiani appartenenti soprattutto alle due chiese maggiori. I membri del comitato si impegnano all'attuazione dei diritti del cristiano, cui li incoraggia il messaggio liberatore di Gesù Cristo.

I membri del comitato riconoscono l'autorità ecclesiastica, che serve gli uomini nello spirito di Gesù Cristo. Si rivoltano però contro quell'autorità che significa solo dominio di uomini su altri uomini.

I membri del comitato vogliono reagire alla rassegnazione che si diffonde nella chiesa. Per questo non si aspettano impulsi di liberazione solo dai ministri ecclesiastici, ma cercano, nelle reciproche relazioni, nelle loro proprie comunità ecclesiali e nelle necessarie contrapposizioni all'interno della chiesa universale di sviluppare una crescente libertà.

I membri del comitato si adoperano per la libertà nella chiesa, per la maturità dei membri della chiesa, per una opinione pubblica nella chiesa, per una risoluzione dei conflitti nello spirito di Gesù Cristo.

Il comitato solidarizza con persone o gruppi colpiti da misure ecclesiastiche vessatorie. Il comitato cerca di aiutare i colpiti, secondo le sue forze, e di far da mediatore nei casi di conflitto.

Inoltre il comitato vuole trattare delle violazioni ai diritti del cristiano in studi di fondo di carattere teologico, giuridico, sociale e politico, e informarne l'opinione pubblica.

Il comitato intende rivolgere la sua attenzione ai seguenti problemi e gruppi di membri delle chiese: alla situazione delle donne nella chiesa; al diritto delle comunità ad una propria guida ordinata; alla ammissione ai sacramenti dei divorziati che si sono risposati; alla situazione degli omosessuali nella chiesa; ai collaboratori nei servizi interni alla chiesa; ai preti ridotti allo stato laicale nella chiesa cattolica; ai cristiani che sono privati del loro permesso di insegnamento ecclesiastico o sono impediti nel loro insegnamento o nella ricerca teologica.

La costituzione del comitato deve essere letta sullo sfondo del sorprendente fatto per cui negli ultimi anni sono spuntate nelle singole chiese nazionali, in modo del tutto indipendente le une dalle altre, iniziative in difesa dei diritti del cristiano. Si veda ad esempio la *Association for the Rights of Catholics in the Church*. Essa è stata fondata nel marzo del 1980 negli Stati Uniti, nel Nordamerica, con lo scopo di sviluppare un notevole mutamento strutturale

nella chiesa. A tale associazione si deve attribuire anche il progetto di una “Carta dei diritti dei cattolici nella chiesa” (cfr. *Concilium* 17, 1981, 60 ss.). In Francia si è costituito, la pentecoste del 1981, un comitato dal nome *Droits et libertés dans l'église* che si è rivolto con un appello a tutti i cristiani francesi in vista della stesura di una carta dei diritti nella chiesa cattolica. Iniziative simili sono sorte in Svizzera, Austria e in Polonia (cfr. N. Grienacher-I. Jens (Hg.), *Freiheitsrechte in der Kirche?*, München 1980, pp. 39-79).

2. – *Basi teologiche dei diritti del cristiano*

Punto di partenza di una fondazione teologica dei diritti del cristiano è la dignità dell'uomo. Questa si basa innanzitutto sulla sua somiglianza con Dio: “Dio creò l'uomo a sua immagine. A immagine di Dio lo creò. Lo creò uomo e donna” (Gen 1,27).

Cosa possa significare concretamente questa somiglianza dell'uomo con Dio, diviene chiaro dal fatto che la dignità dell'uomo e i diritti che ne procedono risultano da essa in un modo che difficilmente può essere esagerato. Ogni offesa alla dignità e ai diritti degli uomini è allora non più una mancanza nei confronti degli altri uomini, ma una sfida a Dio stesso.

Gesù di Nazaret ha costruito su queste basi veterotestamentarie la dignità dell'uomo, anzi l'ha definita in modo ancora più comprensibile e chiaro. Quello che egli dice e opera nel suo comportamento esemplare, circa gli uomini, vale per ogni uomo, ma in modo particolare per quelli che entrano in rapporto con la sua persona e la sua causa. Egli dà così ai cristiani una dignità completa, inestimabile, da cui procedono anche i diritti di ciascun cristiano.

Gesù di Nazaret, per il fatto di aver dimostrato nella sua vita e nei suoi discorsi che la realtà comprendente tutte le altre è quella di un Dio filantropo, ha sollevato gli uomini dall'angoscia dinanzi a Dio. Egli ha tolto al mondo greco-romano l'angoscia per una dipendenza fatale dagli dei e dalla potenza delle stelle. Ha contemporaneamente strappato dalle mani del clero ebraico lo strumento di dominio consistente nel far paura con Dio. Dovunque, da allora, ci si serva di Dio come di un mezzo per far paura, ci si potrà appellare a tutto, ma non a Gesù di Nazaret.

Poiché Dio in Gesù si è rivelato come colui che ha accolto ogni uomo in modo totale e irrevocabile, che ha pronunciato il suo “sì” sull'uomo, ogni uomo ha ricevuto una dignità che, come nessuno poteva dargli, così nessuno può neppure togliergli.

Poiché Gesù ha testimoniato l'amore materno e paterno di Dio e privilegiato in modo esemplare la statuto di fratello e sorella, ha stabilito con ciò la

fondamentale uguaglianza di ogni uomo, come più tardi ha detto san Paolo: “Non c’è più giudeo né greco, né schiavo né libero, né uomo né donna, perché voi tutti siete uno in Cristo Gesù” (Gal 3,28).

Poiché al centro dell’annuncio di Gesù si trova la realtà della signoria di Dio, è tolto il fondamento a qualsiasi signoria dell’uomo sull’uomo. Per questo è proibita la deificazione e assolutizzazione di qualsiasi potere, che si richiami ad una persona, ad una razza, classe, genere, religione o popolo.

Poiché Gesù ha considerato suo principale compito il venire “per noi uomini e per la nostra salvezza”, ha indicato così che la tendenza dell’uomo alla felicità e al bene coincide con la volontà di Dio sull’uomo. Con ciò è rigettata qualsiasi eteronomia dell’uomo, qualsiasi eterodeterminazione o alienazione dell’uomo attraverso Dio. Dio non vuole l’assoluta indipendenza dell’uomo, ma è contento quando l’uomo è contento. “La specificità del messaggio biblico consiste pertanto nel riconoscere che il Dio di Israele, il Dio dei profeti e Gesù stesso si sono schierati per i diritti dell’uomo, che egli “per grazia”, cioè nel suo amore e nella sua libertà sovrani, nella sua “infinita misericordia” per l’uomo calpestato e sfruttato, assegna a questi il suo pieno diritto ad essere uomo! Dio stesso è così il maggior garante di un inesprimibile e assoluto diritto dell’uomo all’esistenza e alla vita” (J. Blank, “Zur theologischen Begründung von ‘Christenrechten’”, in N. Greinacher-I. Jens (Hg.), *Freiheitsrechte ...*, p. 30 ss.).

Poiché Gesù chiama colui che entra in relazione con la sua causa non più servo ma amico (cfr. Gv 15,15), libera i cristiani dalla loro condizione di minorità. Paolo assume questa tradizione nella lettera ai Galati: “Perché non sei più schiavo, ma figlio; se sei figlio, anche erede, erede di Dio” (Gal 4,7). Da oggetto di dominio essi divengono soggetti della loro propria vita e della loro propria storia. Di più, in Gal 5,1 si dice: “Cristo ci ha liberati perché restassimo liberi; state dunque saldi e non lasciatevi imporre di nuovo il giogo della schiavitù”. La dottrina della giustificazione paolina non significa altro che Dio ha giustificato l’uomo “gratis”, senza suo contributo; lo ha giustificato e riconciliato con Dio, con gli altri uomini e con se stesso. Egli riceve così giustizia e diritto davanti a Dio nella lettera ai Romani si dice: “Che diremo dunque in proposito? Se Dio è per noi, chi sarà contro di noi? Egli che non ha risparmiato il proprio Figlio, ma lo ha dato per tutti noi, come non ci donerà ogni cosa insieme con lui? Chi accuserà gli eletti di Dio? Dio giustifica. Chi condannerà? Cristo Gesù che è morto, anzi, è risuscitato, sta alla destra di Dio e intercede per noi? Chi ci separerà dunque dall’amore di Cristo?” (Rm 8,31-35).

Poiché Gesù Cristo è l’unico mediatore tra Dio e gli uomini (cfr. 1Tim 2,5), i cristiani non sono più sottoposti alla tutela di istituzioni sacrali intermedia-

rie. Non sono assoggettati né al potere della legge dell'Antico Testamento né ad una qualsivoglia mediazione di persone o istituzioni. I cristiani ricevono nella nuova alleanza un accesso libero e immediato a Dio e alla sua salvezza: "Io sono la via, la verità e la vita; nessuno va al Padre se non attraverso me" (Gv 14,6).

Poiché Gesù si è impegnato soprattutto per coloro che sono stati privati delle loro libertà più fondamentali, per le donne, i malati e i bambini, per i pubblicani e le prostitute e gli stranieri, ha radicalizzato l'esigenza di un riconoscimento della dignità di qualunque uomo. È abbastanza privo di rischi adoperarsi in favore della dignità dei privilegiati; può divenire invece serio fino alla morte schierarsi in favore di coloro la cui dignità umana è calpestate.

3. – Il rapporto tra diritti dell'uomo e diritti del cristiano

Per i cristiani i diritti dell'uomo sono tutti diritti anche del cristiano. Quindi tutto quanto è umano è anche cristiano, e tutto quanto corrisponde alla dignità e libertà di ogni uomo interesserà naturalmente anche i cristiani.

Il Cristo non ha limitato l'operazione di Dio nella storia entro i confini della chiesa, ma vediamo Dio all'opera anche, appunto, nelle tradizioni umane della recente storia della libertà. Walter Dirks scrive: "La scoperta dei diritti dell'uomo da parte dei popoli dell'Europa e poi, progressivamente, di tutta la terra appartiene, come impulso dato al processo di emancipazione e maturazione dell'umanità, alle grandi esperienze senza ritorno in cui possiamo riconoscere l'opera di Dio" ("Menschen- und Christenrechte in der Kirche", in N. Greinacher-I. Jens (Hg.), *Freiheitsrechte ...*, p. 10). I diritti dell'uomo, così come si sono sviluppati in occidente, sono anch'essi una conseguenza del Vangelo liberatore di Gesù di Nazaret. La tragedia del presente consiste nel fatto che i ministri delle chiese non hanno riconosciuto quanto genuino cristianesimo si sia depositato nei diritti dell'uomo. Condannando i diritti dell'uomo, tradiscono alcuni elementi centrali della causa dello stesso Gesù. Non si può quindi che sottoscrivere quel che diceva ancora Walter Dirks: "Quando il concilio nel proemio della costituzione su "La chiesa nel mondo di oggi" formulava la confessione: "Le gioie e le speranze, le tristezze e le angosce degli uomini d'oggi ... sono pure le gioie e le speranze, le tristezze e le angosce dei discepoli di Cristo", con ciò intendeva dire che la grande rivoluzione borghese nei suoi motivi migliori e nelle sue conseguenze più profonde, proprio come passo in avanti nella storia della "umanizzazione" dell'umanità, oggi appartiene al patrimonio della chiesa" (ivi, p. 10).

In aggiunta ai più generali diritti dell'uomo e del cristiano, vi sono tuttavia anche dei diritti che spettano propriamente al cristiano, attribuiti al Vangelo di liberazione del Nuovo Testamento ai membri della chiesa. È purtroppo significativo che non si sia ancora riflettuto molto su tali diritti del cristiano. Solo a titolo di esempio e senza ulteriore approfondimento si deve qui compiere il tentativo di formulare alcuni di tali diritti del cristiano. In esso vengono registrati anche diritti che si impongono da sé, sulla base dei diritti dell'uomo come tale, ma che devono ancora essere sottolineati a causa della situazione attuale della chiesa.

Ogni cristiano ha diritto alla libertà di coscienza.

Ogni cristiano ha il diritto di decidersi e impegnarsi liberamente in campo politico.

Ogni cristiano ha il diritto di sposarsi e scegliere il proprio *partner* liberamente.

Ogni cristiano ha il diritto di vivere secondo le sue convinzioni sulla base della sua fede cristiana.

Ogni cristiano ha il diritto di confessare la sua fede cristiana nella forma della sua cultura.

Ogni cristiano ha il diritto di sviluppare la sua propria spiritualità.

I cristiani hanno il diritto di costituire nuovi gruppi di cristiani o nuove comunità cristiane.

Ogni cristiano ha il diritto di partecipare liberamente alla liturgia.

Ogni cristiano ha diritto alla Parola e ai sacramenti, cioè all'annuncio del messaggio cristiano e ad un accesso senza ostacoli ai sacramenti.

Le comunità cristiane hanno il diritto di celebrare normalmente la cena ovvero l'eucaristia. Conformemente a ciò hanno diritto ad un ministro ordinato.

Ogni cristiano, in forza del suo battesimo, ha diritto di cittadinanza nella chiesa.

Tutti i cristiani, a prescindere da qualsivoglia distinzione di compiti, hanno pari diritti e doveri nella chiesa.

Ogni cristiano ha diritto al consiglio e all'aiuto di chi cura nella chiesa l'ufficio corrispondente al suo bisogno.

Ogni cristiano ha diritto ad essere informato di ogni fatto che accade nella chiesa.

Ogni cristiano ha il diritto di cooperare alla scelta del ministro ecclesiastico a lui preposto.

Ogni cristiano ha il diritto e il dovere di criticare i ministri e le loro decisioni nel caso giunga alla convinzione che il loro comportamento è in contraddizione con lo spirito del messaggio evangelico.

Ogni cristiano in caso di conflitto ha diritto ad un procedimento che nella sua condizione corrisponda ai principi del diritto.

Ogni cristiano ha il diritto di condurre una ricerca libera nell'ambito teologico.

Poiché anche le chiese oggi si schierano quasi del tutto a favore dei diritti dell'uomo e si impegnano per la loro applicazione, si evidenzia immediatamente un problema lì dove i diritti del cristiano siano subordinati al diritto della chiesa.

Gesù ha detto: "Il sabato è stato fatto per l'uomo e non l'uomo per il sabato!" (Mc 2,27). Là dove il diritto della chiesa schiaccia i diritti del cristiano, le chiese tradiscono la causa di Gesù.

4. – Credibilità della chiesa

La credibilità della chiesa cattolica nella società di oggi dipende in maniera decisiva dal fatto che essa sappia attuare o meno in se stessa i diritti del cristiano. Anche la sua capacità di persuasione in ordine ai diritti dell'uomo, ed alla introduzione della giustizia nella società, dipende dall'effettivo rispetto del diritto alla libertà nell'ambito della chiesa stessa.

Nei documenti ufficiali della chiesa cattolico-romana giunge a chiarezza in modo spettacolare questa interdipendenza tra impegno per i diritti dell'uomo nella società e attuazione dei diritti del cristiano nella chiesa. Il sinodo dei vescovi del 1971 spiega: "Poiché la chiesa deve testimoniare la giustizia, essa sa molto bene che chi rivendica il diritto di parlare agli uomini sulla giustizia deve essere lui stesso dapprima giusto ai loro occhi". E nel messaggio del sinodo dei vescovi del 1974 su "Diritti dell'uomo e riconciliazione" si dice: "La chiesa sa per esperienza che il ministero della promozione dei diritti dell'uomo nel mondo la obbliga ad un esame costante e ad una continua purificazione della propria vita, della propria legislazione, delle proprie istituzioni e dei propri piani d'azione ... Nella chiesa, come nelle altre istituzioni o gruppi, bisogna lavorare a purificare i modi d'agire, le procedure; purificare anche le relazioni che si possono avere con strutture o sistemi sociali fautori di violazioni dei diritti dell'uomo che devono essere pubblicamente denunciati". E infine si dice in un documento della commissione pontificia "Justitia et pax" su "La chiesa e i diritti dell'uomo" del 1974: "Per rendere efficace la sua missione evangelica, la chiesa deve in primo luogo fomentare nel mondo il riconoscimento, il rispetto, la tutela e la promozione dei diritti della persona umana, incominciando a vigilare sull'applicazione dei diritti fondamentali nell'ambito della stessa istituzione ecclesiale".

La camera della EKD per gli affari pubblici, nel suo documento del 26.9.1975 su “I diritti dell’uomo nel dialogo ecumenico”, considera “il contributo della chiesa alla spiegazione e attuazione dei diritti dell’uomo” come un diritto indivisibile e universale soprattutto là “dove essa adempie al suo compito più specifico nella predizione della salvezza avvenuta in Gesù Cristo”. Con ciò si accentua il fatto che i cristiani e le chiese non possono guardare da un loro particolare punto di vista cristiano ai diritti dell’uomo, cioè che “non è compito della chiesa sviluppare una particolare teoria ecclesiastica dei diritti dell’uomo, che connetta ai diritti dell’uomo una rivendicazione di loro esclusiva competenza di cristiani. Piuttosto, la chiesa deve introdurre nella riflessione relativa ai problemi dei diritti dell’uomo una serie di punti di vista che si desumono dalla tradizione biblica ...”. Si menzionano quindi alcuni esempi:

“Ogni uomo è creato a immagine di Dio in eguale misura. Come creatura di Dio è segnato dal suo rapporto con Dio ... L’uomo è signore sulla natura non-umana, ma non signore sull’uomo.

Secondo l’intelligenza della fede cristiana, il diritto dell’uomo è anch’esso un diritto donatogli da Dio: la corre-sponsabilità dei cristiani in ordine alla attuazione dei diritti dell’uomo ha il proprio fondamento il questo dono e nel comandamento dell’amore.

I cristiani si sanno posti davanti a Dio e obbligati nei confronti degli altri uomini dal comandamento dell’amore. Nella fede in Cristo e nella sua sequela hanno la libertà di rinunciare, in determinate situazioni, al perseguimento del loro proprio diritto, di valutare il diritto degli altri superiore al proprio, di patire per il diritto del prossimo fino a rischio della propria vita.

Con riferimento alla libertà religiosa, i cristiani devono impegnarsi anche perché ad ogni uomo venga riconosciuto e assicurato il diritto di esprimere liberamente e pubblicamente le sue convinzioni, siano esse religiose o non-religiose, a cambiarle e a confessarle, da solo o in comunione con altri.

La chiesa deve inoltre far valere i diritti degli uomini e dei gruppi umani contro le pretese di dottrine o sistemi che si vogliono totalitari. Deve insorgere contro il fatto che uomini o gruppi umani siano assoggettati ad una teoria totalitaria, e alla coazione che ne procede, e ad essa sacrificati”.

“La chiesa è ... credibile nella misura in cui nella sua prassi fa quel che essa si aspetta dagli altri” (dal promemoria della EKD “Il servizio della promozione nella chiesa – un contributo alla pace e alla giustizia nel mondo”).

5. – *Alcuni problemi*

In quel che segue si deve guardare a quei gruppi di membri della chiesa che soffrono particolarmente per una offesa ai loro diritti di cristiani.

5.1. – *Le donne nella chiesa*

La Conferenza episcopale tedesca nel suo messaggio “Sulla questione della posizione della donna nella chiesa e nella società” del 21.9.1981 (cfr. *Regno-doc.* 1, 1982, 37) ha indicato con ragione che la posizione della donna nella società e nella chiesa è una delle questioni e dei problemi più urgenti dei nostri tempi. I vescovi insistono dicendo di volersi fare avvocati delle donne, di respingere qualsiasi pregiudizio a loro danno e di schierarsi per i diritti umani della donna.

Questa e una serie di altre importanti dichiarazioni nella lettera citata sembrano essere un segno pieno di speranza. Non possono tuttavia ingannare sul fatto che la situazione effettiva della donna nella chiesa cattolica della Repubblica federale tedesca è ancora ampiamente segnata dalla discriminazione. Le donne sono ancora attive, nei principali e più rispettati uffici della chiesa, soprattutto in posizione subordinata. Questo vale sia nel servizio pastorale della comunità che nell’ambito caritativo, nell’amministrazione e direzione della chiesa come nell’educazione e nelle facoltà teologiche. Tuttavia non si deve misconoscere che negli ultimi anni vi siano stati miglioramenti. Ma nessuno può non vedere che tra i principi presentati dai vescovi tedeschi e la prassi della chiesa vi è ancora una grande distanza.

Questo vale in particolare per l’ordinazione delle donne. Nonostante che i vescovi abbiano riconosciuto che teologi molto noti si sono schierati con importanti argomenti teologici in favore dell’ordinazione delle donne, essi ripetono, in una loro recentissima comunicazione, solo l’affermazione della “Nota esplicativa” della Congregazione romana per la dottrina della fede del 15 ottobre 1976 secondo cui la chiesa, per fedeltà all’esempio del suo Signore, non si vedrebbe giustificata ad ammettere le donne alla consacrazione sacerdotale. Qui si fa nuovamente in luce la tensione tra i principi riconosciuti della pari dignità della donna e l’attuazione di questi stessi principi nella prassi della chiesa.

L’esodo delle donne dalla chiesa, che si attua con crescente intensità in questi anni, può essere arrestato solo se la prassi della chiesa dimostrerà credibile il fatto che in essa la fissazione di uomini e donne in ruoli tradizionali sia stata tolta a favore di un rapporto paritario tra uomo e donna. Un significativo

passo avanti in questa direzione consisterebbe nel pubblico riconoscimento, da parte della chiesa, di una sua colpa in quest'ambito e di una richiesta di perdono alle donne per tutte le umiliazioni e gli avvillimenti che abbiano potuto subire da parte sua, nel passato così come nel presente.

Nel promemoria della EKD su "La donna nella famiglia, la chiesa e la società" del 1979 si rinvia tra l'altro al fatto che su 25 promemoria che il Consiglio della EKD ha approvato tra il 1961 e il 1976, ben quattro trattavano dei problemi della donna e della famiglia. Pure, disincantatamente, questo stesso promemoria del 1979 riconosce che "la trattazione dei rapporti fra uomo e donna e del ruolo della donna nella famiglia in questo promemoria ... non ha portato ad una rottura e modificazione del modello socialmente dominante per il ruolo femminile oggi. Non le domande e le speranze della donna in quanto persona, ma le tradizionali rappresentazioni del suo ruolo come donna di casa e madre determinano le prese di posizione e i comportamenti della chiesa. Non viene in mente che con questa limitazione si fa torto proprio in quanto membri della chiesa alle molte donne non sposate, o che comunque vivono sole. Lo stesso succede del resto anche nel caso di donne sposate che non riconoscano esaurito il loro compito dalla famiglia".

L'attuazione della "vita comune di uomo e donna", propagandata dalla chiesa, si scontra continuamente nella prassi con l'evidenza di richiedere nei servizi ecclesiali più alle donne che vivono sole e che lavorano che non ai loro colleghi che lavorano. A costoro, quando siano sposati, viene accordato infatti il diritto ad una vita familiare, anche se il lavoro in molti casi lascia loro per questa solo il più breve e peggiore tempo possibile. La madre che lavora si vede ancora continuamente esposta alla domanda discriminatoria se possa accudire sufficientemente ai suoi bambini, dato l'impegno lavorativo richiesto dalla professione.

In entrambi i casi si evidenzia una struttura lavorativa dei servizi ecclesiali ostile alla famiglia, che tuttavia va soprattutto a carico della donna.

La esigenza teologica di una uguaglianza tra uomo e donna nel ministero pubblico della chiesa, nel ministero parrocchiale e in tutte le chiese membri della EKD, dal gennaio 1978 è regolata canonicamente, così che l'uguaglianza può essere quanto meno esigita con richiamo alle disposizioni di legge. Però la prassi dimostra che, oltre al fatto che le donne sono svantaggiate ora come prima in rapporto alle possibilità di formazione, esse non sono rappresentate nelle cariche ecclesiastiche e negli organi decisionali, neppure approssimativamente in modo proporzionale alla quantità degli uomini e delle donne capaci di assolvere a tali ruoli e per essi disponibili, se si eccettuano gli ambiti di lavoro tradizionalmente affidati alle donne.

5.2. – Donne e uomini divorziati e risposatisi

Al nocciolo del messaggio biblico appartiene l'annuncio, pieno di promesse, secondo cui ogni uomo, nonostante tutti i suoi peccati e i suoi rifiuti, ha dinanzi a Dio la possibilità di ricominciare da capo, può confidare nella misericordia di Dio. Questo vale anche per quelli il cui matrimonio è fallito e che si sono risposati civilmente.

Se queste donne e questi uomini risposatisi dopo uno scrupoloso esame di coscienza non vedono per sé alcuna possibilità di tornare a vivere col *partner* del loro primo matrimonio e insieme non possono cancellare il loro attuale rapporto senza venir meno agli obblighi assunti, allora non si può giustificare in modo cristiano una loro esclusione dalla penitenza e dalla eucaristia. È noto come il sinodo generale delle diocesi della Repubblica federale tedesca sia giunto in quest'ambito a conclusioni diverse. A ragione vi si afferma: "Nei confronti delle necessità degli interessati i pastori d'anime spesso non trovano alcun soddisfacente strumento di aiuto nelle decisioni ecclesiastiche. Questo non porta ad alcuna soluzione per molte situazioni spiacevoli" (Sinodo generale della diocesi della Repubblica federale tedesca, Freiburg 1976, p. 452). Con il sinodo rinnoviamo anche noi dunque alla Conferenza episcopale tedesca la richiesta "di pervenire ad una chiarificazione urgente e necessaria e di inoltrare un parere in questa materia al papa" (ivi). Questo dovrebbe avvenire nel senso di legittimare anche sotto un profilo canonico la prassi già usuale di ammettere donne e uomini risposati ai sacramenti.

5.3. – Gli omosessuali nella chiesa

Nella dichiarazione della Congregazione per la dottrina della fede su alcune questioni attinenti alla sessualità del 29 dicembre 1975 si dice: "Secondo l'ordine morale oggettivo, le relazioni omosessuali sono atti privi della loro regola essenziale e indispensabile. Esse sono condannate nella sacra Scrittura come gravi depravazioni e presentate anzi come la funesta conseguenza di un rifiuto di Dio. Questo giudizio della Scrittura non permette di concludere che tutti coloro i quali soffrono di questa anomalia, ne siano personalmente responsabili, ma esso attesta che gli atti di omosessualità sono intrinsecamente disordinati e che, in nessun caso, possono ricevere una qualche approvazione" (cfr. EV 5, n. 1729, p. 1139).

Questo verdetto della Congregazione per la dottrina della fede ignora le conoscenze della scienza moderna, che definiscono la omosessualità come un concorso di predisposizioni e coincidenze biografiche, non come un compor-

tamento acquisito in modo colpevole. La spiegazione della Congregazione per dottrina della fede sopprime il dubbio sulla sostenibilità di valutare oggi comportamenti sessuali col ricorso ai concetti di “naturale” e “contro natura”. Essa condanna sulla base di un giudizio scolastico sulla sessualità ogni tentativo di scorgere una componente etica essenziale nella sincerità – da intendersi in modo assolutamente cristiano – dei rapporti personali di due amanti. La discriminazione, che ne deriva, degli omosessuali in ambito ecclesiale contraddice in massimo grado al comandamento cristiano dell’amore, ma soprattutto anche alle parole e al comportamento di Gesù, che si è posto sempre di nuovo dalla parte delle minoranze discriminate. Sarebbe invece compito della chiesa aiutare a superare i pregiudizi diffusi nella società e dimostrare esemplarmente nella propria prassi come una tale minoranza nella sua particolarità può essere riconosciuta e integrata nella vita della chiesa.

Su ordine della direzione dell’Unione delle chiese evangelico-luterane tedesche (VELKD) un gruppo di lavoro ha elaborato uno studio orientativo dal titolo “Pensieri e norme per un servizio agli omofili nella chiesa”, che è stato pubblicato il 9.1.1980 (cfr. *Texte der VELKD* 11/1980). Qui si accorda fondamentalmente ad ogni uomo una “tendenza alla felicità sessuale”. La propensione per un rapporto omosessuale non può tuttavia mai giungere – vi si afferma – alla profonda ampiezza di sensazioni e esperienze cui arriva la prassi di un rapporto eterosessuale. Durante i *Kirchentages* tedesco-evangelici di Norimberga del 1979 il *Landesbischof* E. Lohse in una intervista alla NDR del 15.6.1979 ha detto: “Abbiamo imparato che non dobbiamo discriminare alcuni uomini a causa della loro omosessualità. Essi devono trovare spazio nella società e nella chiesa”. Laici omofili non vedono più discussa la loro appartenenza alla chiesa. Ma operatori ecclesiali e pastori si vedono ora come prima esposti non solo a critiche, ma perfino al rifiuto della loro prestazione ecclesiastica.

Il prof. H. Gollwitzer ha preso la seguente posizione dinanzi al licenziamento di un pastore omosessuale dal suo servizio nella *Landeskirche* di Hannover: “La decisione dell’Ufficio della *Landeskirche* è un verdetto di eterosessuali contro degli omosessuali. Questo vale anche per il parere della Commissione della VELKD, cui tale ufficio si richiama. In nessuno di tali organi gli omosessuali hanno né hanno avuto diritto di parola. Come per il passato, così anche oggi ovunque persone non direttamente interessate siedono a giudizio contro chi è interessato e esigono l’unico tipo di sessualità che ha il sussidio di essere maggioritario a criterio univoco di sessualità. La discutibilità sotto un profilo cristiano di un tale procedimento è chiara nel semplice fatto che con ciò si impongono ad altri uomini sofferenze e rifiuti che non si debbono personalmente né portare né ricevere in imposizione. Una tale comprensione del comandamento di Dio è affatto priva di solidarietà: dei privilegiati, che

possono dare espressioni alla loro sessualità, arrecano danno in modo del tutto inconsueto a persone di diversa costituzione. Infatti colui la cui sessualità viene considerata in contraddizione col volere di Dio si trova spinto in un carcere, senza sbocco e disperato, di ineludibile coazione a peccare. Mentre l'uomo eterosessuale può scegliere tra una vita sessuale conforme alla volontà di Dio e una ad essa contraria, ogni moto o desiderio sessuale, tanto più ogni atto sessuale dell'uomo omosessuale, per quanto inevitabile, è inevitabilmente peccato. Se vuole vivere secondo la volontà di Dio, egli deve combattere la sua inclinazione sessuale in quanto tale e, se possibile, annullarla. È chiaro che questo può condurre solo a complesse deformazioni psichiche. La posizione tradizionale della chiesa sulla omosessualità è di una inaudita spietatezza nei confronti degli uomini in questione, ed è arrogante anche solo questo, che essa sostenga di possedere un sapere definitivo in una materia di cui ancor oggi sappiamo molto poco”.

Il compito della chiesa deve essere invece quello di aiutare a superare i pregiudizi diffusi nella società e di dimostrare esemplarmente nella propria prassi come una tale minoranza, nella sua particolarità, possa essere riconosciuta e integrata nella vita della chiesa.

5.4. – Collaboratori nei servizi ecclesiali

Nella Repubblica federale tedesca le due grandi chiese cristiane rappresentano con più di 500.000 collaboratori, con il settore pubblico, i massimi datori di lavoro. Accanto ai ministri ordinati, si tratta soprattutto di collaboratrici e collaboratori attivi in singoli ambiti ecclesiali, prevalentemente nel settore caritativo e pedagogico.

Le chiese non cadono tuttavia nell'ambito di applicazione delle leggi relative alla rappresentanza del personale e sono anche al di fuori della legge che regola le imprese, cui sono soggetti gli imprenditori privati. Il par. 118,2 di questa legge afferma espressamente che “essa non trova alcuna applicazione nel caso di comunità religiose e delle loro iniziative caritative e educative”. Nei dibattiti relativi alla legge sulle imprese svoltisi al *Bundestag* tedesco durante gli anni '50, le chiese si sono richiamate all'autonomia prevista per loro nella Costituzione della Repubblica federale, poiché all'art. 140 si assicura alle comunità religiose la facoltà di regolare autonomamente i loro affari interni.

In occasione di una udienza della competente commissione del *Bundestag* le chiese rafforzarono allora la loro rivendicazione di autonomia, anche con l'argomento di voler regolare tali affari meglio di come fosse possibile nell'ambito “mondano”.

Di fatto la chiesa cattolica, in dichiarazioni fondamentali come, ad esempio, nelle encicliche “Mater et magistra” (1961) e “Pacem in terris” (1963), nella lettera apostolica “Octogesima adveniens” (1971) così come nelle conclusioni del sinodo nazionale su “Chiesa e lavoratori”, ha sempre di nuovo insistito sul diritto dei lavoratori alla partecipazione e all’associazione sindacale. Recentissimamente la enciclica “Laborem exercens” (1981) ha di nuovo fatto riferimento a ciò in modo inequivocabile.

Queste espressioni divengono però di fatto incredibili quando la chiesa cattolica romana nella Repubblica federale tedesca si rifiuta fermamente di riconoscere una autentica partecipazione ai lavoratori nei servizi ecclesiali e ricusa i sindacati come interlocutori per la fissazione dei salari. Così per chi lavora nella chiesa non si dà ancora alcun contratto salariale. La chiesa cattolica romana percorre anzi la cosiddetta “terza via”, prevede sul diritto del lavoro commissioni che vengono composte pariteticamente da rappresentanti dei datori di lavoro e lavoratori della chiesa, cioè vuole risolvere i problemi sul tappeto tramite contratti con una “Unione dei lavoratori nella chiesa” che non si comprenda come sindacato e quindi non sia specializzata in problemi salariali. Per la chiesa cattolico-romana è in vigore dal 1977 l’inquadramento di una rappresentanza dei dipendenti e la costituzione di una commissione di ambito sovradiocesano, per la cooperazione alla formazione di un contratto di lavoro: organizzazione e regolamenti, in cui non compare la parola “sindacato”. Con ciò è in questione l’autentico diritto al dialogo e l’effettiva parità.

La Conferenza episcopale tedesca, nei confronti di questa situazione vergognosa, è tenuta ad attuare finalmente anche nelle proprie fila quei principi da lungo tempo espressi dalla dottrina sociale cattolica e raccomandati di nuovo con ogni chiarezza dall’enciclica “Laborem exercens”.

Nella chiesa evangelica la discussione sulla regolamentazione del diritto del lavoro è stata nuovamente accesa dalle decisioni del sinodo della chiesa del Nord-Elba, in data 18.2.1978, di riprendere con alcune modifiche la procedura seguita da quasi due decenni nella *Landeskirche* dello Schleswig-Holstein e di escludere i contratti salariali. Contemporaneamente la Commissione sul diritto del lavoro del Consiglio della EKD raccomandava la c. d. terza via.

Quanto seriamente le chiese pensino alla condecisione lo dimostra il procedimento attraverso il quale si è giunti alla definizione della “giusta” via. In nessun caso i collaboratori interessati sono stati direttamente coinvolti, ma è stata loro concessa una regolamentazione per decisione di un “organismo”; un procedimento questo che, ad esempio, permette di ritirare la decisione in qualsiasi successivo momento!

Le chiese hanno sempre posto l’accento sul fatto che i sindacati giocano

un ruolo essenziale nel conflitto di interessi tra lavoro e capitale. A domande relative a conflitti di interesse nel loro ambito, le chiese hanno sempre risposto negando tali conflitti o coprendoli con concetti sfumati come quello di “comunanza di servizio”. Ai critici della “terza via” si rinfaccia che “i conflitti all’interno della chiesa devono essere risolti in altro modo”. Ma questa affermazione non è stata rispettata, a opinione degli interessati, poiché in ultima istanza i conflitti di lavoro si sono sempre risolti a sfavore dei dipendenti della chiesa, e ancor meno sarebbe stata rispettata la promessa fatta negli anni ’50.

Per questo le chiese hanno sfruttato in modo insopportabile la opportunità loro concessa dalla Costituzione di disciplinare e amministrare in modo indipendente i loro affari, benché fossero tenute dalla stessa Costituzione a farlo entro i limiti della legge valida per tutti. A più di 500.000 lavoratori sono stati rifiutati nella Repubblica federale tedesca dei diritti fondamentali! Così essi vengono ad esempio svantaggiati dalle loro opinioni religiose (orientamento pilotato) ed è loro impedita una rappresentanza dei loro interessi tramite sindacati liberamente scelti, perché questi non sono riconosciuti come *partner* nelle trattative dalle direzioni delle chiese. Anche se si accetta che nella chiesa ben precisi gruppi di persone, come i ministri ordinati, non possano essere paragonati ai lavoratori dei settori pubblico o privato, questo non può essere esteso a tutti gli altri lavoratori impiegati dalla chiesa, che lavorano sotto condizioni di impiego regolate dal diritto privato, ma sono abbandonati all’arbitrio nel settore di lavoro ecclesiastico.

5.5. – Preti ridotti allo stato laicale

La riduzione allo stato laicale era originariamente una sanzione inflitta raramente a preti che erano venuti meno al loro dovere, sempre su precise motivazioni. Secondo il Codice di diritto canonico ancor oggi in vigore, chi abbia ricevuto una consacrazione superiore non può ottenere di cessare dallo stato ecclesiastico di propria iniziativa. Già sotto papa Pio XII, ma poi con maggiore determinazione nel periodo successivo al concilio, si circoscrissero da parte di Roma le possibilità per cui un prete su sua domanda poteva essere ridotto allo stato laicale per sposarsi in chiesa. Nel periodo tra il 1963 e il 1970 furono registrate complessivamente dalle autorità romane 14.148 di tali richieste di riduzione allo stato laicale (cfr. G. Siefer, *Sterben die Priester aus?*, Essen, p. 76). Si devono aggiungere approssimativamente ancora altre 10.000 dimissioni dal ministero non registrate, così che per gli anni 1963-1970 il loro numero complessivo deve essere portato a circa 22.000-25.000. Per il periodo

1970-1980 si deve concludere ad una cifra di uguale grandezza di riduzioni allo stato laicale a livello planetario. Il “Kirchliche Handbuch” (vol. 27, Köln 1975, p. 40) per l’anno 1972 dà 98 abbandoni nel clero secolare della chiesa cattolica nella Repubblica federale tedesca. Tale cifra rappresenta lo 0,5% del suo numero complessivo. Nella “valutazione revisionale relativa al clero secolare della chiesa cattolica nel territorio tedesco” fino all’anno 1991, lì riprodotta, si conclude per un mantenimento di tale percentuale dello 0,5% di abbandoni nel periodo considerato.

È quindi scandaloso che, a partire dall’accesso al soglio pontificio di Giovanni Paolo II, i processi per la riduzione allo stato laicale siano stati resi più difficili in modo decisivo. A Roma si sono accumulate più di 5000 di tali domande. La lettera di papa Giovanni Paolo II del giovedì santo dell’anno 1979 a tutti i preti della chiesa, così come le nuove disposizioni per i processi approntate dalla Congregazione per la dottrina della fede del 14 ottobre 1980, hanno acuito con le loro norme restrittive la situazione. Con ciò si toglie con ogni mezzo ai preti che vogliono sposarsi la possibilità di farlo in chiesa. Questo poi è anche una base per ricusare la “missione canonica” o, in particolare, l’assunzione nei servizi della chiesa ad un prete che si sia sposato solo civilmente. Così si introduce un “circulum vitiosus” causato dalla chiesa stessa, che significa irrisione di ogni umano senso di giustizia, di ogni cristiana disponibilità al perdono e, soprattutto, della carità cristiana.

Dinnanzi a questo stato di cose si richiama alla memoria della Conferenza episcopale tedesca ancora una volta la conclusione del sinodo generale delle diocesi della Repubblica federale tedesca sui “servizi pastorali della comunità”, che essa stessa ha approvato. Lì si dice: “Preoccupato per i preti che lasciano il loro servizio, il sinodo raccomanda i seguenti principi. Perché la vita del prete dimessosi non faccia naufragio sotto un profilo umano, religioso e professionale, tutti i responsabili devono impegnarsi perché egli possa scegliere liberamente un professione corrispondente alla sua formazione – all’interno o all’esterno del servizio della chiesa. Le diocesi devono provvedere per quanto sia possibile agli aiuti economici a ciò necessari. Questo comprende anche una adeguata assicurazione sociale per le malattie e la pensione come basi per una simile assicurazione nella nuova professione. Per i preti degli ordini religiosi i rispettivi ordini devono seguire uguali principi.

Se un prete ridotto allo stato laicale vuole assumere a tempo pieno un lavoro ecclesiastico accessibile anche ai laici, un tale posto – dopo esame del caso fatto dal vescovo con riguardo alle condizioni e ai precedenti personali così come agli interessi della chiesa e ai bisogni pastorali – deve essere a sua disposizione.

I principi sopra formulati valgono anche per quegli uomini o donne che si

dimettono da un servizio professionale alla chiesa reso in qualità di diaconi o membri di un ordine” (*Gemeinsame Synode der Bistümer in der Bundesrepublik Deutschland*, Freiburg 1976, vol. I, p. 631).

5.6. – Donne e uomini che sono attivi nell’insegnamento ecclesiastico e nella ricerca teologica

Qui non si mette in questione il fatto che i ministri ecclesiastici competenti abbiano il compito legittimo di conferire un permesso di insegnamento a uomini e donne attivi nell’ambito della trasmissione della dottrina ecclesiastica e sul terreno della ricerca teologica, e anche di ritirarlo loro.

La questione decisiva suona: Le “Linee direttive di base per il conferimento dell’autorizzazione all’insegnamento ecclesiastico e della missione canonica” emanate dalla Conferenza episcopale tedesca nell’autunno 1973 e la “Normativa fondamentale” ad esse corrispondente, così come le “Direttive di base sulle condizioni di vita richieste ai diaconi e ai laici nel servizio pastorale circa il matrimonio e la famiglia” (nella sua edizione riveduta dell’8 marzo 1979) sono da intendersi in senso stretto o no? Non si può ad esempio giustificare in principio che a donne e uomini che, dopo matura riflessione e sulla base di una decisione consapevole, non hanno fatto battezzare i loro bambini subito dopo la nascita sia ritirata la missione canonica.

Per quanto riguarda la libertà della ricerca teologica, il “Procedimento di revoca dell’insegnamento presso la Conferenza episcopale tedesca”, nella sua edizione rivista del 4 maggio 1981 contiene, al di là di ogni sorta di critiche di dettaglio a questo testo, norme che corrispondono in tutto e per tutto a fondamentali principi del diritto. È però scandaloso che quando – come è accaduto di recente – un autore soggetto a tali disposizioni ha intentato contro se stesso un tale procedimento, come espressamente previsto dall’ordinamento, l’apertura del procedimento gli sia stata semplicemente negata sulla base di motivazioni molto discutibili. Con ciò si è rifiutato all’autore in questione il diritto alla difesa accordato dal procedimento di revoca dell’insegnamento.

Il rapporto tra il magistero ecclesiastico e la ricerca teologica nella storia è sempre stato conflittuale, e anche in futuro sarà così. Ciò può essere fruttuoso per la chiesa, qualora nessuna delle due parti pensi di poter decidere da sola in materia di fede o di riflessione sulla fede. Entrambe sono preordinate alla cooperazione. Una proibizione o il ritiro del permesso di insegnamento non risolve alcun problema teologico sul tappeto. Solo quando il magistero ecclesiastico e la ricerca teologica saranno entrati in un dialogo permanente, se anche ricco di conflittualità, i problemi teologici che incalzano la chiesa e

la società potranno essere portati vicino ad una soluzione.

Poiché nella Repubblica federale tedesca le singole *Landeskirchen* evangeliche sono, come enti pubblici, chiese autonome (non diocesi di una unica chiesa), le varie convenzioni contrattate tra i singoli *Bundesländern* e le *Landeskirchen* in essi presenti circa il permesso di insegnamento (*venia legendi*) nelle scuole pubbliche e negli istituti superiori sono in singoli aspetti diverse. Si possono tuttavia menzionare nell'ambito della RFT una serie di disposizioni convergenti, che devono regolare nei loro effetti le situazioni di conflitto tra autorità accademiche, organismi direttivi della chiesa stessa attivi e impegnati nell'insegnamento/ricerca, che minacciano o offendono dei diritti fondamentali.

Nelle costituzioni di tutte le *Landeskirchen* si stabilisce che la confessione di fede non può essere oggetto di legislazione ecclesiastica e che essa si lascia a fatica modellare in termini di diritto, nonostante le vigenti "Discipline-ordinamenti". In modo incontrastato, all'interno di tutte le *Landeskirchen* evangeliche la "sacra Scrittura" e le professioni di fede dei riformatori sono le uniche fonti e norme di ogni annuncio, dottrine e ricerca.

Di qui deriva alla persona di volta in volta investita di un permesso di insegnamento un obbligo di coscienza straordinariamente forte, cui rispondere individualmente, che può ricevere un orientamento – al di là della necessità di una sintonia con la totalità della chiesa (?) – dalla "consolatio fratrum", difficilmente invece da strumenti disciplinari o processuali, regole o consigli, mai, ad ogni modo, da una direttiva di una istanza superiore ecclesiastica o mondana.

Con ciò si prevedono conflitti se, ad esempio, da parte dei competenti uffici statali, si richiedano agli incaricati ecclesiastici di un insegnamento e della ricerca, obbligazioni, dichiarazioni e spiegazioni formali che siano in contraddizione (presunta o di fatto) con il Vangelo. Poiché sono le varie *Landeskirchen* attraverso i loro organi – non però il ministro o la ministra obbligati nella loro coscienza orientata sul Vangelo – i *partners* degli organi statali interessati, gli organi esecutivi o eventualmente anche legislativi della chiesa operano necessariamente in un ambito che – nella misura in cui la confessione è oggetto e contenuto dell'insegnamento e della ricerca – propriamente è sottratto alla presa degli uffici legislativo e esecutivo, secondo l'intenzione della riforma.

Poiché nella forma fino ad oggi datasi storicamente, l'insegnamento e la ricerca sono possibili nelle istituzioni statali (ad esempio lezione di religione nella scuola pubblica, facoltà teologiche all'interno delle università statali, ecc.), e sono "garantiti" da disposizioni negoziate tra il governo e la chiesa, si deve porre la domanda: verso chi una direzione e/o rappresentanza ecclesiastica deve sentirsi più obbligata, quando sia orientata sul Vangelo come

unica sua norma: verso lo Stato e i suoi organi o verso il ministro che su sua commissione insegna, ricerca, agisce?

Quando una *Landeskirche* ha accettato e riconosciuto ufficialmente una persona in un posto d'insegnamento ecclesiastico o nella ricerca teologica, può in seguito sciogliersi dagli obblighi di aiuto e tutela nei confronti della persona accettata, solo se può accertare un suo comportamento o una sua affermazione dottrinale resa in modo formale che contrastano con la fede delle sacre Scritture o con le professioni di fede. Finché ciò non sia accaduto essa è tenuta alla tutela e all'intervento pubblico a favore dei rispettivi incaricati di un insegnamento o di una ricerca. Cioè, solo dopo un procedimento disciplinare l'organo direttivo di una chiesa può decidere se lasciar cadere o proteggere contro le autorità statali un insegnante o un ricercatore da esso approvato. Tali procedimenti disciplinari possono avere un senso solo se sono intentati, notificati e condotti in modo pubblicamente controllabile. Se questo non è possibile, la direzione/autorità ecclesiastica ha in primo luogo il dovere di proteggere o/e aiutare i propri ministri, anche se dovesse giungere a dei conflitti di ordine confessionale con le autorità statali a causa della confessione, dell'insegnamento o dell'esperienza di ricerca teologica.

Conclusion

Le precedenti affermazioni costituiscono più una descrizione che una soluzione dei problemi. Questo vale soprattutto per i problemi segnalati al paragrafo n. 5, alla cui soluzione ha già contribuito efficacemente la letteratura ad essi relativa. Al di fuori degli ambiti tematici esposti, v'è ancora una lunga serie di altri nodi problematici che non hanno potuto essere trattati qui. I problemi qui annotati mostrano tuttavia in modo esemplare quale abisso ci sia tra i principi proclamati dalla chiesa stessa e la sua prassi effettiva, e quanto di rado le norme proclamate dalla stessa chiesa ufficiale siano applicate nei fatti. Ma con ciò è messa in causa la credibilità stessa della chiesa.

Il "Comitato per i diritti del cristiano nella chiesa" ritiene suo dovere richiamare l'attenzione dei competenti ministri ecclesiastici su quei problemi in cui per lo più si dà violazione dei diritti del cristiano. Siamo consapevoli di non sollevare con ciò alcun nuovo problema, ma di richiamare nuovamente e con insistenza ad una esigenza già da tempo nota. Il "Comitato per i diritti del cristiano nella chiesa" invita i vescovi e gli organi direttivi delle chiese ad avviare un dialogo coi rappresentanti del comitato sui problemi sollevati.

Tubinga, 24.4.1982

* * *

VII°
Caso Schillebeeckx. Non basta credere?

Intervista esclusiva col teologo olandese sulle ultime vicende del suo caso.

La pubblicazione della lettera della Congregazione dottrinale, l'articolo previsto, i fraintendimenti e le casualità. "Ora non so che fare ... Devo aspettare".

Il Regno/Attualità, 2/1982

Nimega, 7 dicembre

L'Osservatore Romano, il 26 giugno scorso, ha pubblicato la lettera inviata dal prefetto della Congregazione per la dottrina della fede, cardinale Seper (dimessosi dall'incarico il 25 nov. scorso e morto il 30 dic.), al teologo olandese Edward Schillebeeckx con la nota aggiunta, contenente i chiarimenti, le precisazioni, le rettifiche apportati dal teologo durante il "colloquio" romano (13-15 dicembre 1979) e la richiesta di dissipare le "ambiguità".

(Professor Schillebeeckx: a leggere la lettera e la nota aggiunta si ha l'impressione che lei abbia concesso qualcosa alla Congregazione romana. È vero?)

"Non ho concesso niente. Ho solamente detto qual è il senso dei miei scritti".

Uno su quattro

(Perché la pubblicazione della lettera e della nota su L'Osservatore Romano?)

"Il cardinale Seper mi ha fatto pervenire una lettera, nella quale mi prospettava due possibilità: o scrivere un articolo sui quattro piccoli dettagli oppure pubblicare io stesso la lettera con una nota. Lo dovevo fare entro un mese. Ma il cardinale Willebrands ha trattenuto con sé la lettera di Seper per un mese e poi me l'ha data. Scrivere l'articolo? Non avevo tempo sufficiente. Pubblicare la lettera con la nota? Avrebbe voluto dire dare importanza al Sant'Offizio. Non vedevo quindi perché pubblicarla. Mi si diceva ancora: se lei non scrive l'articolo o non pubblica la lettera, sarà la Congregazione stessa a farlo. Passato il mese, la Congregazione ha pubblicato la lettera e la nota.

Ora non so che cosa fare. È la conclusione del mio ‘caso’”.

(Ma restano le “ambiguità” di cui parla la nota aggiunta, per cui il suo caso non sembra davvero chiuso.)

“Per dissipare queste ‘ambiguità’ volevo scrivere l’articolo. Ma adesso che è stata pubblicata la nota, non so che cosa fare”.

(Forse Roma dubitava che lei lo volesse scrivere davvero ...)

“Ho fatto sapere al cardinale Seper che lo volevo scrivere. Mi ha risposto: lei ha un mese di tempo per farlo. Ma avevo gli esami di giugno e poi le tre settimane programmate in America latina. Dunque mi era impossibile scrivere l’articolo entro così breve tempo. Quando sono ritornato, ho trovato la pubblicazione su L’Osservatore Romano”.

(E che ha fatto?)

“Ho scritto subito una lettera al cardinale Seper per deplorare la pubblicazione della lettera con la nota, che mi pare orientata dalla Congregazione e posta fuori dal contesto. Vi sono citazioni mutilate ... ecc. ecc. Dà una pessima impressione ai lettori. Avevo certamente intenzione di scrivere l’articolo. Ora non so che cosa fare”.

(Ma a Seper è subentrato Ratzinger. Si risolverà il suo “caso”?)

“Non ne ho più saputo niente. Ratzinger non ha ancora preso possesso dell’ufficio. Devo pertanto aspettare”.

(Che avrebbe scritto nell’articolo?)

“Che tre dei quattro punti non hanno alcun rapporto con la fede; che si tratta di questioni storiche. E che dunque sono fuori della competenza della Congregazione. Resta solo la questione dell’anipostasi. È certamente una questione teologica e come teologo ho intenzione di rispondere”.

(Veniamo alla prima “ambiguità”. Scrive Seper: “La risposta data alla domanda sulla concezione verginale di Gesù Cristo è corretta dal punto di vista formale, ma si presenta come molto limitata nel suo valore e nella sua portata quando l’autore afferma: ‘Io lo credo in virtù del magistero’”.)

“Ma sono tenuto a dire i motivi per cui credo? Quando dico: credo, non basta? Certo, bisogna spiegarlo, interpretarlo, ma la Congregazione non ha né competenza né diritto d’indagare sui motivi. ‘Perché lei crede alla concezione verginale di Gesù Cristo?’ Ma sono tenuto a dirlo?”.

(Seper scrive che lei su certi punti importanti concede che la fede della chiesa ha forza obbligatoria per lei come teologo dogmatico o anche per la teologia dogmatica. Ma osserva che molto spesso le affermazioni contenute nelle sue opere risuonano come se questa validità si limitasse al teologo dogmatico in senso stretto. Invece – scrive Seper – una tale fondazione della fede vale per tutte le discipline della teologia cattolica, anche se fanno uso di metodi parzialmente diversi. Che ne dice?)

“Quando si fa della scienza storica, non sono obbligato ad obbedire al magistero. La scienza storica è scienza storica. E basta. Ma – mi si dice – quando lei fa la ricostruzione storica del cristianesimo deve tener conto del magistero. Non è vero. La fede della chiesa obbliga per ciò che riguarda la fede”.

Tutto in alto mare

(Professor Schillebeeckx: non hanno completamente soddisfatto la Congregazione le sue spiegazioni circa il rapporto esistente tra risurrezione e apparizioni.)

“L’ho detto chiaramente che credo nella risurrezione personale e corporeale di Gesù. Ma il rapporto tra risurrezione e apparizioni, è una questione storica. Si può discutere, ma è una questione storica che non ha niente a che vedere con la fede”.

(Resta la quarta “ambiguità”. Lei rifiuta sistematicamente e ripetutamente – si dice – la parola an-ipostasi, perché, secondo lei, appartiene al neo-calcedonismo).

“Il concilio di Calcedonia non ha detto niente dell’an-ipostasi. È la tradizione neocalcedonese, peraltro non dogmatica, che prese a parlare di un’an-ipostasi. Vale a dire che l’uomo Gesù non è una persona umana – idea mai affermata dal dogma di Calcedonia – ma esclusivamente una persona divina, con una ‘natura umana’ e una ‘divina’. Questa sì che è una questione teologica, che merita d’essere approfondita”.

(Lei crede allora che tutto sia finito con Roma?)

“Non so ...”.

* * *

VIII°

“Dichiarazione di 163 teologi, da Colonia”:

ECCO IL TESTO INTEGRALE TRADOTTO IN ITALIANO

20430. COLONIA-ADISTA.

Quattordici professori di teologia cattolica di area tedesca si sono riuniti a Colonia, il giorno dell’Epifania, e hanno preso in considerazione le recenti nomine episcopali nella chiesa cattolica, partendo da quella del nuovo arcivescovo della stessa Colonia.

Ne è uscita una dichiarazione, in cui oltre all’esame critico della prassi delle nomine episcopali, i 14 teologi si sono occupati anche dello stile di governo della chiesa da parte di Giovanni Paolo II.

Questa dichiarazione è stata inviata alla maggior parte dei professori di teologia cattolica di area tedesca (Germania Occidentale, Svizzera, Austria, Paesi Bassi) e poi, rielaborata con l'apporto di tutti, è stata sottoscritta da 163 docenti negli istituti universitari teologici.

Alcuni docenti non l'hanno voluta sottoscrivere, vedendo in essa una presa di posizione antipapale; altri, pur condividendo lo spirito della dichiarazione, e anche il suo contenuto, hanno preferito non comparire tra i firmatari.

In ogni caso, autori e firmatari hanno affermato che questa dichiarazione vuole essere un contributo alla instaurazione di un serio dialogo teologico nella chiesa cattolica.

Ecco i nomi dei firmatari più noti: HANS KUENG e NORBERT GREINACHER, HANNES GRUENDE; HEINRICH FRIES, docente di teologia fondamentale a Monaco; HERBERT HAAG, celebre per i suoi studi sul diavolo; FRIEDHELM HENGSBACH; DIETMAR MIETH; CATHARINA HALKES; EDWARD SCHILLEBEECKX.

(Adista offre ai suoi lettori una propria traduzione del testo integrale della "Dichiarazione di Colonia")

Molti fatti accaduti nella nostra chiesa cattolica ci spingono a fare una pubblica dichiarazione. Sono soprattutto tre i problemi alla base della nostra iniziativa:

La Curia romana realizza con risolutezza il metodo di affidare unilateralmente le sedi vescovili di tutto il mondo senza rispettare le proposte delle chiese locali e senza curarsi dei loro diritti tradizionali e consolidati.

In tutto il mondo viene in molti casi rifiutata l'autorizzazione ecclesiastica all'insegnamento a teologi e teologhe peraltro qualificati. Si tratta di un pesante e pericoloso attentato alla libertà di ricerca e di insegnamento nonché alla struttura dialogica della conoscenza teologica che il Concilio Vaticano II ha più volte affermato. Si abusa della concessione dell'autorizzazione all'insegnamento come se fosse un mero strumento di disciplina.

Siamo testimoni del tentativo, teologicamente assai discutibile, di rafforzare ed estendere in modo inammissibile la competenza magistrale del papa accanto a quella giurisdizionale.

Ponendo la nostra attenzione su questi tre problemi, noi vi ravvisiamo i segni di una trasformazione della chiesa postconciliare, e cioè di un mutamento strutturale strisciante, che porta ad una indebita estensione della gerarchia di giurisdizione; di una progressiva riduzione al silenzio delle chiese particolari; di un rifiuto della discussione teologica, e di un arretramento della posizione dei laici nella chiesa; e infine di un antagonismo dall'alto, che rende più acuti

i conflitti nella chiesa con il ricorso a misure disciplinari.

Siamo convinti che su queste cose non possiamo tacere. Riteniamo dunque necessaria questa presa di posizione per la nostra responsabilità nei riguardi della fede cristiana, nell'esercizio del nostro servizio di insegnanti di teologia, per il rispetto della nostra coscienza, e in solidarietà con tutte le donne e uomini cristiani che sono scandalizzati o si disperano per gli ultimi sviluppi verificatisi nella nostra chiesa.

In merito alle recenti nomine di vescovi da parte di Roma in tutto il mondo, e in particolare in Austria, Svizzera e qui a Colonia, noi dichiariamo:

Ci sono dei diritti tradizionali e anche codificati che affermano la partecipazione diretta delle chiese locali, diritti che hanno fino ad oggi segnato la storia della chiesa. Essi fanno parte della vita multiforme della chiesa.

Quando le chiese locali (come è accaduto in America latina, nello Sri Lanka, in Spagna, in Olanda, in Svizzera, in Austria e qui a Colonia) vengono punite disciplinarmente, mediante norme vescovili o altri interventi che spesso si fondano su false analisi e sospetti, è la loro autonomia ad essere espropriata. L'apertura della chiesa cattolica alla collegialità tra papa e vescovi, che è stata uno dei risultati centrali del Concilio Vaticano II, viene soffocata in un nuovo centralismo di Roma.

L'esercizio dell'autorità, testimoniato dalle recenti nomine episcopali, è in aperta contraddizione con la fraternità del Vangelo, con le positive esperienze dello sviluppo dei diritti di libertà e con la collegialità dei vescovi.

La prassi attuale ostacola palesemente e in punti essenziali il processo ecumenico.

Riferendoci all'“affare Colonia” giudichiamo uno scandalo aver cambiato le norme di elezione durante il procedimento. Ne è rimasta colpita duramente la credibilità di una corretta prassi giuridica della procedura.

La considerazione e la dignità dell'ufficio papale esigono un rapporto attento con il potere e le istituzioni.

La scelta dei candidati all'episcopato è la misura dell'espressione del pluralismo della chiesa. La procedura della nomina non è una scelta privata del papa.

Il ruolo della nunziatura è attualmente sempre più discutibile. Sebbene i canali di trasmissione di informazioni e i contatti personali siano semplificati, la nunziatura tende a trasformarli sempre più in odioso servizio rapporti, che spesso con scelte unilaterali delle informazioni crea innanzitutto delazioni.

L'obbedienza che in tempi recenti è sempre più spesso conclamata e reclamata da vescovi e cardinali verso il papa sembra addirittura cieca. E invece l'obbedienza ecclesiale al servizio del Vangelo richiede l'essere disposti ad una opposizione costruttiva (cfr. Codex Iuris Canonici 212, par. 3). Invitia-

mo i vescovi a richiamarsi all'esempio di Paolo, che restò in comunione con Pietro benché sul problema della missione ai gentili "si opponesse a lui a viso aperto" (Ai Galati, 2, 11).

Sul problema delle cattedre di teologia e sul conferimento dell'autorizzazione ecclesiastica all'insegnamento noi dichiariamo:

Vanno salvaguardate le competenze del vescovo locale, teologicamente fondate, e a volte previste dai Concordati, nonché la sua responsabilità in materia di conferimento o ritiro dell'autorizzazione all'insegnamento. I vescovi non sono organi esecutivi del papa. L'attuale prassi di violare il principio di sussidiarietà, a proposito della competenza diretta del vescovo locale, in materia di insegnamento di dottrina e di morale, sta creando una situazione insostenibile. Un intervento di Roma nel conferire o ritirare il permesso di insegnamento senza la presenza attiva della chiesa locale rischia di provocare il decadimento di competenze già storicamente consolidate.

Il rifiuto al conferimento di una cattedra di insegnamento o anche le deliberazioni in questa materia si debbono basare su argomenti fondati e vanno giustificate in osservanza delle norme accademiche vigenti. Un arbitrio in questo settore pone in questione l'esistenza stessa delle Facoltà di teologia cattolica presso le Università statali.

Non tutti gli insegnamenti della chiesa hanno pari certezza e peso, sotto l'aspetto teologico. Noi ci opponiamo alla violazione di questa dottrina dei grandi teologici di certezza nei confronti della "gerarchia della verità", nella prassi dell'autorizzazione ecclesiastica all'insegnamento. Singoli problemi particolari di morale e di dogmatica non possono arbitrariamente esser fatti passare come strumenti per definire la congruenza o meno all'integrità della fede, mentre in campo etico pareri legati alla prassi di fede (ad esempio contro le torture, la discriminazione razziale o lo sfruttamento) non sembrano essere di uguale rilevanza teologica per la questione della verità.

Il diritto di autonoma organizzazione interna delle Facoltà o degli Istituti Superiori nella scelta dei docenti non può essere totalmente conculcato da una prassi arbitraria del conferimento e rifiuto dell'autorizzazione ecclesiastica all'insegnamento.

Il risvolto pratico di questo problema lo si riscontra nelle Università dove la scelta di professoressa e professori di teologia è soggetta a criteri estranei alla scienza: ne deriva di conseguenza la secca perdita di stima della teologia nelle università.

Di fronte al tentativo di estendere la competenza del Magistero pontificio in modo inammissibile dichiariamo:

In tempi recenti, rivolgendosi a teologi e vescovi, il papa ha collegato la dottrina del controllo delle nascite (senza tener conto del grado di certezza

e del diverso peso delle affermazioni teologiche della Chiesa) con verità di fede fondamentali quali la santità di Dio e la Redenzione in Gesù Cristo. E così coloro che rivolgono critiche alla dottrina papale sul controllo delle nascite si vedono accusati di “minare i fondamenti della dottrina cristiana”, e coloro che richiamano alla dignità della coscienza vengono accusati di cadere in errore rendendo “vana la croce di Cristo”, distruggendo “il mistero di Dio”, negando “la dignità dell’uomo”. I concetti di “verità fondamentale” e di “divina rivelazione” sono impiegati dal papa per definire una dottrina del tutto particolare che non può essere avvalorata né dalla testimonianza della Sacra Scrittura né dalla tradizione della Chiesa (cfr. I discorsi papali del 15 ottobre e del 12 novembre 1988).

L’affinità sostenuta dal papa tra tali verità e la dottrina in oggetto non comporta che esse abbiano un identico peso e siano poste sullo stesso piano. Il Concilio Vaticano II dice: “nel mettere a confronto le dottrine si ricordi che esiste un ordine o ‘gerarchia’ nelle verità della dottrina cattolica essendo diverso il loro nesso col fondamento della fede cristiana” (Decreto sull’ecumenismo, n. 11). Parimenti va tenuto conto dei diversi gradi di certezza delle affermazioni teologiche e dei limiti della teologia nei problemi di antropologia che riguardano il campo medico.

Anche il magistero pontificio ha riconosciuto alla teologia l’alto compito di approfondire gli argomenti delle verità e norme teologiche. Tale compito non può essere menomato da divieti che riguardano il pensiero e la parola. L’analisi scientifica necessita di discussione e comunicazione.

La coscienza non è una funzione sussidiaria del magistero pontificio, come potrebbe apparire dai discorsi citati. Nell’interpretazione, il magistero deve piuttosto sempre rapportarsi anche alla coscienza dei credenti. Sopprimere la tensione tra dottrina e coscienza è un attentato alla sua dignità.

Secondo il convincimento di molte persone nella chiesa, la norma della regolamentazione delle nascite contenuta nell’enciclica *Humanae Vitae* (1968) rappresenta un orientamento che non sostituisce la responsabilità della coscienza dei credenti. I vescovi (tra gli altri quelli tedeschi nella loro “Dichiarazione di Koenihstein” del 1968) e i moralisti hanno considerato corretta l’interpretazione di molti cristiani (uomini e donne) perché sono convinti che la dignità della coscienza non consiste solo nell’obbedienza, ma anche nella responsabilità. Un papa che parla così spesso di tale responsabilità non dovrebbe sistematicamente ignorarla. Del resto, deploriamo la continua fissazione del magistero pontificio su questo problema.

La chiesa è al servizio di Gesù Cristo. Essa deve contrastare la perenne tentazione di abusare del suo Vangelo che proclama la giustizia, la misericordia e la fedeltà di Dio, senza ricorrere a forme discutibili di autorità in funzione

della propria potenza. Essa è stata chiamata dal Concilio popolo di Dio in cammino e comunità viva dei credenti; la chiesa non è una città assediata che si erge sui bastioni e si difende con asprezza dentro e fuori.

Condividiamo con i pastori le diverse preoccupazioni per la chiesa nel mondo odierno con la comune testimonianza di fede. Soccorrere le chiese povere, allontanare quelle ricche dal potere terreno, favorire l'unità della chiesa, sono compiti che comprendiamo e per i quali ci impegniamo.

I teologi che sono al servizio della chiesa hanno tuttavia il dovere di esercitare apertamente la critica, se l'autorità ecclesiastica usa in modo sbagliato il suo potere, venendo così meno ai suoi compiti, intralciando i progressi verso l'ecumene, indietreggiando rispetto alle aperture del Concilio.

Il papa detiene il servizio dell'unità e ne esige l'attuazione. È proprio del suo ufficio ricondurre all'unità i casi di conflitto. Tale compito lo ha svolto anche in modo troppo benevolo nel caso di Marcel Lefebvre e dei suoi seguaci, sebbene quest'ultimo avesse messo radicalmente in questione lo stesso magistero. Non è proprio del suo ufficio esasperare, senza tentativi di dialogo, i conflitti di minore importanza, o deciderli unilateralmente e farne oggetto di emarginazione. Se il papa fa ciò che non è proprio del suo ufficio, non può esigere obbedienza nel nome della cattolicità, e invece deve attendersi resistenza.

* * *

IX°

Dopo Colonia, anche i teologi italiani prendono la parola:
“OGGI NELLA CHIESA”

20814. BOLOGNA-ADISTA. Quando non si è ancora spenta l'eco in Europa e nel mondo del dibattito sul documento di Colonia firmato da 163 teologi dell'Europa Centrale contro l'autoritarismo e il centralismo vaticano, giunge un documento steso e firmato da 63 teologi, filosofi e storici cattolici italiani o che operano in istituzioni culturali italiane.

I firmatari hanno affidato la diffusione del loro documento – “Lettera ai cristiani: Oggi nella chiesa ...” – alla rivista dei dehoniani di Bologna “Il Regno”, che lo pubblica nel numero 10 di “Attualità” del 15 maggio '89. Adista lo riproduce integralmente dal Regno.

“Questa lettera vorrebbe essere un invito ad una riflessione pacata tra fratelli nella fede, i quali vogliono vivere con coerenza la loro vocazione cristiana. Recentemente l'opinione pubblica è stata messa a rumore da alcune prese di posizione nelle quali si esprime disagio per determinati atteggiamenti del-

l'autorità centrale della chiesa nell'ambito dell'insegnamento, in quello della disciplina e in quello istituzionale. Alcuni infatti, e non sono pochi, hanno l'impressione che la chiesa cattolica sia percorsa da forti spinte regressive. In questo clima ci sembra doveroso proporre alcune considerazioni brevi ed essenziali. Esse si propongono di abbandonare il piano della polemica che, spesso, si fissa sugli aspetti più appariscenti. Il vero rischio invece è che molti non scorgano cosa sia veramente in gioco.

Il mondo sta attraversando una trasformazione radicale e veloce negli assetti politici, nel mutamento del costume e nei riferimenti etici fondamentali. Anche la situazione dei credenti ne risulta modificata. È necessario l'impegno di tutti per affrontare creativamente i problemi che insorgono. Tanto più quindi si impone che siano tenuti presenti alcuni riferimenti determinanti per le scelte che incombono sulle comunità ecclesiali e sui singoli cristiani.

1. In primo luogo si tratta di sapere se l'evento del concilio Vaticano II debba costituire un effettivo punto di riferimento dottrinale nell'affrontare i problemi della missione e dell'evangelizzazione. Da parte di alcuni si tende di fatto a sminuire l'importanza di questo evento qualificandolo come 'pastorale' e non dotato quindi della stessa autorità dottrinale degli altri concili ecumenici. A nostro avviso così non si intende proprio il significato di quella svolta 'pastorale' che il concilio ha voluto introdurre nell'equilibrio globale della comprensione della fede ecclesiale. La stessa dottrina, in questa qualificazione pastorale, assume un peso e un volto che sono più adeguati alla natura della verità cristiana. La connotazione pastorale infatti è intrinseca alla dimensione dottrinale del cristianesimo. È essa infatti che rende possibile l'interpretazione fedele della verità dentro l'esistenza storica della comunità ecclesiale. E la verità cristiana è verità che Dio ci ha consegnato per la nostra salvezza. È vero quindi che l'equilibrio dottrinale del Vaticano II differisce da quello di una certa tradizione teologica posttridentina che a volte aveva segnato anche i pronunciamenti del magistero. Ma questo è avvenuto non per una minore precisione della dottrina stessa, ma per una penetrazione di essa più conforme alle esigenze della verità cristiana. Insistere sul riferimento al Vaticano II non può certo stare a significare che esso debba essere staccato dall'insieme della tradizione della fede e ancor meno che esso possa essere ripetuto in maniera letterale. Anche nei suoi confronti, come nei confronti di tutta la tradizione, si impone una interpretazione corretta che ne colga il nucleo ispiratore. Ma ricorrere a passati equilibri dottrinali significa ignorare proprio questo nucleo. Ed è qui che oggi si dividono gli spiriti.

2. In particolare, riteniamo che deve restare come ispirazione primaria della missione ecclesiale quella che è presente nella costituzione *Lumen Gentium*: 'Come Cristo ha compiuto la redenzione attraverso la povertà e le persecuzio-

ni, così pure la chiesa è chiamata a prendere la stessa via per comunicare agli uomini i frutti della salvezza ...' Ci sembra che invece si tenda a dimenticare come, non solo a livello individuale, ma nella sua strutturazione istituzionale, nei suoi rapporti con gli stati, nello stile della sua predicazione, la chiesa non debba farsi condizionare dalla logica mondana, ma dallo stile del Cristo, mite ed umile di cuore, povero, venuto per salvare la pecora perduta. La mentalità di privilegio, anche se tentazione e insidia costante, non può essere l'ispiratrice del cammino di una chiesa la quale voglia essere sacramento di unione con Dio e di unità tra i popoli. Sia nell'annuncio al mondo che nel cammino che deve portare alla riunione delle chiese, è condizione fondamentale di obbedienza al Signore la conversione delle nostre comunità e della chiesa tutta a questo stile del Cristo a cui richiamava il Vaticano II. Solo così, del resto, le chiese, e tutti noi in esse, avremo occhi liberi e puri per poter cogliere tutta la grazia che Dio prepara ai popoli nel momento attuale della storia.

3. Un punto qualificante dell'ecclesiologia conciliare, anche se delicatissimo, è la concezione della chiesa come comunione di chiese. Questo comporterà, non senza traumi ma inevitabilmente, un mutamento di quell'equilibrio istituzionale che nella chiesa latina è venuto solidificandosi soprattutto nel secondo millennio della sua storia. Si inserisce qui la discussione attuale sullo statuto delle conferenze episcopali e sulle nomine dei vescovi. Siamo consapevoli che non esistono soluzioni facili perché l'unità della fede e della 'grande disciplina' divenga dono operante nella variopinta ricchezza della pluralità della comunione. Però riteniamo che la chiesa non possa rinunciare 'a priori', per timore dei problemi che ne seguiranno per la sua unità, alla varietà dei modi di intendere e di vivere la fede che lo Spirito suscita nelle diverse comunità e nella stessa guida pastorale dei vescovi. La storia della chiesa del resto conosce periodi forse ancora più caldi di quello attuale. Basti pensare agli stessi inizi della chiesa, al conflitto tra Paolo e Giacomo o ai tempi di Cipriano e di papa Stefano, di Atanasio e di Basilio, di Cirillo e di Giovanni Crisostomo, per rendersi conto che i grandi conflitti nella vita della chiesa sono stati superati solo lentamente e con sofferenze di tutti. Ma questo vuol dire che dobbiamo cercare di imitare la magnanimità del Signore il quale 'non ritarda ..., come alcuni ritengono, ma sente in grande' (2 Pt), che dobbiamo anche sapere ribadire con forza quello che ci sembra meglio interpretare le esigenze del vangelo, ma nel rispetto della comunione sempre più grande, nell'obbedienza di tutti a Cristo, Signore della chiesa.

4. Uno degli elementi che nella concezione conciliare della chiesa è entrato in una fase di 'riaggiustamento' è senz'altro la comprensione del 'magistero'. Non si può ignorare questo fatto. Del resto la storia della teologia ci insegna come lo stesso termine di 'magistero' abbia subito forti variazioni semantiche.

Non si può inoltre negare che nella chiesa delle origini esistesse una funzione dell'insegnamento che non è riducibile alla funzione di guida delle comunità. A noi non sembra che qualificare come 'pastorale' il magistero implichi un attentato alla sua dignità o necessità, che anzi ne esalta il compito di presidenza nella comunione della fede. Ricordiamo le parole di Paolo: 'Noi non intendiamo far da padroni sulla vostra fede; siamo invece i collaboratori della vostra gioia, perché nella fede voi siete già salvi' (2 Cor 1,24). Anche qui non abbiamo indicazioni facili per la soluzione delle questioni attuali. Ma è certamente necessario approfondire il delicato problema della estensione del magistero nel campo etico, in rapporto al cuore del messaggio evangelico. Come è bene non dimenticare il richiamo del Vaticano II al rispetto della 'gerarchia delle verità', per non appiattire tutto su di un unico e medesimo livello. Lo stesso Vaticano II inoltre attribuisce la crescita nella comprensione del messaggio cristiano non al solo 'carisma certo della verità' che si esprime nella predicazione dei vescovi, ma ancora prima, allo studio e all'esperienza dei credenti (*Dei Verbum*, 8). E questo non per stabilire priorità ma per sottolineare il comune convergere di tutti i differenti carismi e servizi nella conoscenza della verità, ognuno secondo il dono ricevuto. In questo contesto nel riconoscimento del 'carisma certo della verità' secondo i criteri che man mano la tradizione ecclesiale ha approfondito, non pensiamo i teologi assolverebbero al loro compito semplicemente divulgando l'insegnamento del magistero e approfondendo le ragioni che ne giustificano le prese di posizione. Essi si pongono infatti al servizio della chiesa anche quando raccolgono e propongono le domande nuove dell'intelligenza che scaturiscono dalle situazioni nuove che la fede attraversa, o quando percorrono assieme ai loro fratelli nella fede sentieri inesplorati, sui quali pure si dovrà realizzare la fedeltà al Signore. Sempre in questo contesto diventa inoltre urgente il messaggio del concilio agli 'uomini di pensiero e di coscienza', proprio perché i mutamenti introdotti dalle possibilità nuove della scienza provochino sempre più l'approfondimento della fede, senza spirito di intolleranza dentro o fuori della chiesa.

Dovrebbe risultare chiaro, al termine di questa riflessione essenziale e tuttavia limitata, bisognosa di ulteriori precisazioni e soprattutto di approfondimento, come non abbiamo voluto dirimere le questioni aperte. Abbiamo soltanto cercato di indicare alcuni dei riferimenti che riteniamo essenziali perché la comune discussione e la prassi dei credenti non regrediscano a stadi di consapevolezza della fede che il Vaticano II ha permesso di superare. Ma soprattutto ci auguriamo che nel cammino dei prossimi anni sappiamo tutti ricercare quello che ci unisce, prima ancora di quello che ci divide. Anche questo fu un richiamo spesso ascoltato nell'ultimo concilio, ad opera soprattutto di colui che lo volle, Giovanni XXIII. Non è questo un giocare al

ribasso o un misurare il minimo comune denominatore. Si tratta piuttosto di ritrovare con maggiore radicalità quell'unico fondamento su cui tutti siamo posti: Gesù Cristo nostro Signore”.

Attilio Agnolotto (Università statale di Milano); Giuseppe Alberigo (Università di Bologna); Dario Antiseri (Università LUISS di Roma); Giuseppe Barbaccia (Università di Palermo); Giuseppe Barbaglio (Roma); Maria Cristina Bartolomei (Università di Milano); Giuseppe Battelli (Istituto per le scienze religiose, Bologna); Fabio Bassi (Bruxelles); Edoardo Benvenuto (Università di Genova); Enzo Bianchi (Comunità di Bose); Bruna Bocchini (Università di Firenze); Giampiero Bof (Istituto superiore di scienza religiose Urbino); Franco Bolgiani (Università di Torino); Giannantonio Borgonovo (Seminario arcivescovile Venegono); Franco Giulio Brambilla (Seminario arcivescovile Venegono); Remo Cacitti (Università di Milano); Pier Giorgio Camaiani (Università di Firenze); Giacomo Canobio (Seminario di Cremona); Giovanni Cereti (Roma); Enrico Chiavacci (Studio teologico fiorentino); Settimio Cipriani (Facoltà teologica dell'Italia meridionale, Napoli); Tullio Citrini (Seminario arcivescovile Venegono); Pasquale Colella (Università di Salerno); Franco Conigliaro (Università di Palermo); Eugenio Costa (Centro teologico Torino); Carlo D'Adda (Università di Bologna); Mario degli Innocenti (Istituto per le scienze religiose Bologna); Luigi della Torre (Direttore di “Servizio della parola” Roma); Roberto Dell'Oro (Seminario arcivescovile Venegono); Severino Dianich (Studio teologico fiorentino); Achille Erba (Comunità San Dalmazzo, Torino); Rinaldo Fabris (Seminario di Udine); Giovanni Ferretti (Università di Macerata); Roberto Filippini (Studio teologico interdiocesano di Pisa); Alberto Gallas (Università del sacro cuore di Milano); Paolo Giannoni (Studio teologico fiorentino); Rosino Gibellini (Direttore editoriale Queriniana, Brescia); Reginald Grégoire (Università di Pavia e Cremona); Giorgio Guala (Alessandria); Maurilio Guasco (Università di Torino); Giorgio Jossa (Università di Napoli); Siro Lombardini (Università di Torino); Italo Mancini (Università di Urbino); Luciano Martini (Università di Firenze); Alberto Melloni (Istituto per le scienze religiose di Bologna); Andrea Milano (Università della Basilicata); Carlo Molari (Roma); Dalmazio Mongillo (Roma); Mauro Nicolosi (Istituto scienze religiose di Monreale); Flavio Payer (Istituto di liturgia pastorale Padova); Giannino Piana (Seminario di Novara); Paolo Prodi (Università di Bologna); Armido Rizzi (Centro S. Apollinare Fiesole); Giuseppe Ruggieri (Studio teologico San Paolo Catania); Giuliano Sansonetti (Università di Ferrara); Luigi Sartori (Seminario maggiore Padova); Cosimo Scordato (Facoltà teologica sicula Palermo); Mario Serentoh (Seminario arcivescovile Venegono); Massimo Toschi (Lucca); Davide Maria Turolfo (Priorato Sant'Egidio Sotto il Monte); Maria Vingiani (Segretariato attività

ecumeniche Roma); Francesco Zanchini (Università Abruzzese Teramo); Giuseppe Zarone (Università di Salerno).

L'adesione dei firmatari è a titolo personale; non intende né può coinvolgere le istituzioni rappresentate.

* * *

X°

(Vita Pastorale n. 6/1989)
Perché ho firmato la lettera dei teologi
di EUGENIO COSTA s.j.

Richiesto dalla redazione di Vita Pastorale, cerco di spiegare i motivi che mi hanno persuaso a mettere la mia firma sotto il testo preparato da amici teologi, con i quali sono legato da una lunga data e grazie a un comune lavoro. Il testo desidera essere “una riflessione pacata tra fratelli nella fede”. Che il tono sia pacato è stato riconosciuto da tutti. Non è un espediente tattico, ma l'espressione di uno spirito fraterno e preoccupato. Quando ciò che conta sono temi di grande portata per la via della Chiesa, non vi è bisogno di agitarsi o di ricorrere a parole grosse. Che poi il testo sia una riflessione, e non un'arringa o un “manifesto”, ne fa fede lo svolgimento stesso del discorso: suppongo che coloro che ne parlano lo abbiano letto per intero. Ad esso rimando il cortese lettore.

La ragione che motiva gli estensori e i firmatari è “l'impressione che la Chiesa cattolica sia percorsa da forti spinte regressive”. Un'impressione ha sempre bisogno di essere passata al vaglio di una più approfondita conoscenza dei fatti. Tuttavia non nasce dal nulla, né dall'immaginazione o da un partito preso. La posta in gioco sono i quattro temi che vengono sviluppati nel testo: significato e valore del Concilio Vaticano II, stile di semplicità e povertà nella Chiesa, statuto delle conferenze episcopali e procedure per la nomina dei vescovi, rapporti fra magistero e teologi. Su queste questioni vitali si intende riflettere “abbandonando il piano della polemica che, spesso, si fissa sugli aspetti più appariscenti”. Sono gli aspetti più sostanziali che richiedono studio e confronto. Mi è sembrato che il modo in cui i quattro argomenti sono stati presentati corrispondesse a situazioni effettive e a problematiche reali.

L'atteggiamento di chi si è espresso in questo scritto risulta evidente: anzitutto nella chiarezza dell'esposto; poi, nella ripetuta consapevolezza di non avere risposte pronte o preconfezionate: “Siamo consapevoli che non esistono soluzioni facili ... anche qui non abbiamo indicazioni facili per la

soluzione delle questioni attuali ... non abbiamo voluto dirimere le questioni aperte”. Non sono certo clausole di stile; sono affermazioni pensate, e del resto scontate.

Se il testo dei teologi avesse voluto essere un atto di accusa, anzitutto avrebbe preso tutt’altro tono; ma soprattutto non avrebbe contenuto alcun accenno o proposta positiva. Eccone invece alcune. Riguardo all’interpretazione del Concilio: “La connotazione pastorale è intrinseca alla dimensione dottrinale del cristianesimo. È essa infatti che rende possibile l’interpretazione fedele della verità dentro l’esistenza storica della comunità ecclesiale”. A proposito dello stile ecclesiale: “Sia nell’annuncio al mondo che nel cammino che deve portare alla riunione delle Chiese, è condizione fondamentale di obbedienza al Signore la conversione delle nostre comunità e della Chiesa tutta a questo stile del Cristo, a cui richiamava il Vaticano II”.

Quanto ai modi di nomina dei vescovi e al compito delle conferenze episcopali: “La Chiesa non può rinunciare a priori, per timore dei problemi che ne seguiranno per la sua unità, alla varietà dei modi di intendere e di vivere la fede che lo Spirito suscita nelle diverse comunità e nella stessa guida pastorale dei vescovi”. E infine, sul difficile tema dei diversi ruoli del magistero e dei teologi: “Non pensiamo che i teologi assolverebbero al loro compito semplicemente divulgando l’insegnamento del magistero e approfondendo le ragioni che ne giustificano le prese di posizione. Essi si pongono infatti al servizio della Chiesa anche quando raccolgono e propongono le domande nuove dell’intelligenza, che scaturiscono dalle situazioni nuove che la fede attraversa”.

Il desiderio dei 63 teologi – e personalmente lo condivido; mi chiedo se anche altri colleghi siano disposti ad assentire: penso di sì e mi interrogo sul loro silenzio – è quello di dare un contributo alla crescita di tutti. Questo avviene anche mediante una franca discussione. Un dialogo ecclesiale, e non un conflitto senza esclusione di colpi. Un dialogo che, proprio quando affronta punti caldi e controversi, non può essere indolore. Per nessuno, in qualsiasi ruolo si trovi. È quanto accade in una famiglia, quando viene il giorno in cui è bene parlarsi chiaramente, se si tiene davvero al bene di tutti i suoi componenti. Non è una sconfitta per nessuno, né uno scontro, né una vergogna. Se mai, è segno di raggiunta maturità. Tutti sanno che non è mai un fatto positivo lasciare che il fuoco covi sotto la cenere. Pensare che il tenere segreta ogni controversia ridondi a bene di molti, penso sia fare un torto all’età adulta della maggior parte dei credenti, e soprattutto mancare di fiducia in quello Spirito che ha vinto le paure.

L’aver scelto la via della pubblicazione del testo riposa proprio su queste convinzioni. In tempi ancora poco lontani dai nostri, la via del silenzio o della

comunicazione riservata era certamente segno di prudenza e di rispetto dei più semplici. Non escludo che sia una via ancora consigliabile, in determinati casi di particolare delicatezza, riguardanti situazioni personali o comunque bisognose del “manto della misericordia”. Ma su problemi che sono di portata pubblica, ai quali i *mass media* – piaccia o meno – hanno dato e danno rilievo (non sempre, e non necessariamente, per scandalismo), problemi che coinvolgono molte persone su valori di grande importanza per la vita ecclesiale, il silenzio cambia oggi di segno e probabilmente non ha più il significato virtuoso di un tempo.

I fatti, naturalmente, scuotono più che gli studi. Ma, almeno nelle intenzioni, questo fatto intende essere un invito a prendere insieme la parola, una parola che affronti i disagi espressi e spinga a incamminarsi verso la ricerca delle migliori soluzioni. L'accoglienza riservata al testo dei teologi può smentire le loro intenzioni: in tal senso, essi hanno rischiato. Ma c'è da augurarsi che prevalga, almeno in un secondo tempo, un approccio sereno e fiducioso.

PERCHÉ NON ABBIAMO FIRMATO

Caro direttore, ti scrivo a nome di altri cinque colleghi, docenti di teologia in Istituti superiori e in Università, che non hanno firmato la lettera definita impropriamente “il manifesto dei teologi italiani”. Non di manifesto di tratta, ma di una semplice lettera quale “invito ad una riflessione pacata tra fratelli nella fede”, né la definirei di “teologi”, ma di “intellettuali cattolici”: di 63 firmatari solo una ventina sono docenti di teologia o si dedicano alla ricerca teologica. La lettera, poi, non è affatto una contestazione né una manifestazione aperta di dissenso – l'informazione giornalistica, in primo luogo quella di *Avvenire*, è scorretta e offensiva – ma una denuncia puntuale di tendenze e situazioni sulle quali è difficile non convenire, che anzi ci trova pienamente favorevoli. La lettera sintetizza in modo intelligente e rispettoso quello che ormai da anni negli ambienti ecclesiastici e accademici si dice e si ripete con crescente preoccupazione.

Perché allora non abbiamo firmato? Per tre motivi. Primo, perché l'operazione “lettera” è stata affrettata e si è svolta in circuiti chiusi, assumendo un carattere verticistico. Secondo, perché non contiene proposte concrete, non suggerisce ipotesi di dialogo e di incontro, col rischio di cadere nel vuoto o di essere respinta al suo primo apparire, impedendo persino la diffusione e serena discussione. Terzo, per paura di ritorsioni da parte dell'autorità ecclesiastica. La benché minima osservazione è respinta come dissenso (vedi sempre il titolo di *Avvenire*!), contestazione, disobbedienza, ribellione. Al teologo che non si accoda si risponde con la sfiducia o la minaccia dei Superiori, la disistima dei colleghi e degli allievi. Il grido di “dàgli all'untore” risuona da tempo nella

nostra Chiesa, ma ora è diventata parola d'ordine. Non viviamo in clima di libertà e nemmeno di tolleranza, ma di servilismo e di sospetto.

Siamo dei pavidi? Sì, lo confessiamo e ce ne rammarichiamo. Intanto solo pochissimi firmatari rischiano di essere colpiti (a loro la nostra ammirazione!), perché la maggior parte sono laici e ben sicuri in cattedre universitarie o non svolgono mansioni didattiche.

Ecco, caro Direttore, i motivi che ci hanno impedito di firmare quella e ci impediscono di firmare anche questa lettera. Sarà bene farli conoscere a tanti nostri confratelli impegnati nella cura pastorale.

Cinque pavidi teologi solidali con i coraggiosi

* * *

XI°

Altri cento teologi (brasiliani) contestano:

È L'AUTORITARISMO VATICANO CHE DISORIENTA I FEDELI

210210. VITORIA-ADISTA. Non la si argina, non la si assorbe: la parola dei teologi si allarga a macchia d'olio, e quando le gerarchie centrali o locali la bloccano da una parte, ecco che fuoriesce dall'altra. Mentre si stava cercando di tamponare la situazione in Europa (documenti dei teologi di lingua tedesca, francese, spagnola, italiana), si è aperta un'altra falla. Sono più di cento teologi brasiliani a ri-prendere la parola. Anch'essi non scrivono ai vescovi e "privatamente", come le autorità desidererebbero, ma al popolo di Dio, ai "fratelli e sorelle che camminano con noi", e pubblicamente, durante un'assemblea che ha visto presente anche qualche vescovo.

È successo vicino a Vitoria (nello Stato brasiliano di Spirito Santo), precisamente a Santa Izabel/Campino, dove l'Associazione dei teologi del Brasile (SOTER), nata nel 1985, si è riunita dal 5 al 7 luglio nella V assemblea. I circa 120 partecipanti – fra cui Leonardo Boff, Clodovis Boff, Carlos Palacio, Frei Betto, Carlos Mesters, Anna Maria Tepedino, Ivonne Gebara, Marcelo Barros, B. Ferraro, Antonio Aparecida da Silva ("Toninho", teologo nero, presidente della SOTER) – hanno discusso di "Mistica e politica" e hanno poi approvato un documento sotto forma di lettera ai "fratelli e sorelle". Oltre alla presenza dell'ausiliare di Vitoria, dom Geraldo Lyrio Rocha, e in taluni momenti anche del vescovo titolare dom Silvestre Scandian, si deve sottolineare la visita del presidente della Conferenza episcopale nazionale, dom Luciano Mendes de Almeida, che ha passato il pomeriggio del 7 luglio con i convegnisti, rispondendo con sincerità alle domande franche su alcuni problemi ricordati dalla lettera-documento.

E gli argomenti trattati, pur se riferiti alla realtà locale, riprendono in parte quelli dei documenti europei, anche se la lettera non vuole esserne un'imitazione: è piuttosto un gesto di dialogo e solidarietà nella fede con tutte le componenti della chiesa brasiliana, perché non si perdano d'animo di fronte a certi atteggiamenti che dentro e fuori il Brasile creano disagio e scontento.

Di seguito la lettera in versione integrale, tradotta dal portoghese:

“Ai cari fratelli e sorelle che camminano con noi. Siamo più di 100 teologi, teologhe e cultori di scienze religiose di tutto il Brasile. Riuniti nell'Assemblea annuale della nostra Associazione (SOTER, Sociedad de Teologia e Ciencias de Religiao) abbiamo riflettuto sulla relazione tra Mistica e Politica. Abbiamo parlato dei problemi che il popolo soffre e affronta, e ci siamo scambiati informazioni sul servizio che dobbiamo dare al popolo di Dio in comunione con i nostri pastori e sull'insegnamento che impartiamo ai sacerdoti e operatori di pastorale. Scriviamo questa lettera per condividere con voi alcune delle nostre preoccupazioni e speranze.

Abbiamo iniziato la riunione con la lettura del Vangelo del giorno che parlava della tempesta sul lago (Mt 8,23-27). Di fatto il mare è agitato. La barca della nostra Chiesa è scossa. Onde alte ci lasciano spaventati e perplessi, e producono molta confusione nel popolo. È di questo che vogliamo parlare con voi. Scriviamo per aiutarci gli uni gli altri a non perdere la fede nella presenza nascosta di Gesù nella barca e affrontare la tempesta con la certezza della vittoria.

Abbiamo constatato che in molte comunità sta venendo meno quell'entusiasmo trasmessoci dal Concilio Vaticano II, Medellin e Puebla. Il popolo cammina quasi scoraggiato. Si dice perfino che la Chiesa sta tornando indietro. Il fatto è che né il popolo e nemmeno noi comprendiamo certi provvedimenti assunti contro alcuni dei nostri vescovi che maggiormente hanno difeso e difendono i poveri. Per esempio, la Chiesa sembra disfare il lavoro realizzato da dom Helder Camara, il fratello dei poveri. L'arcidiocesi di San Paolo è stata smembrata senza rispetto per dom Paulo Evaristo Arns, il difensore dei prigionieri politici e dei diritti umani. E la gente si chiede: 'Perché dom Pedro Casaldaliga non può andare in Nicaragua per aiutare nell'animazione della fede quel popolo tanto martoriato?'. Tutto ciò, secondo noi, non solo indebolisce la fiducia del popolo nei suoi vescovi, ma anche mette in crisi la fraternità tra i vescovi stessi e pregiudica la pastorale d'insieme imparata dal Concilio Vaticano II.

In molte parti il popolo rimane disorientato, e noi con lui, quando un nuovo vescovo viene nominato senza consultare i vescovi della regione e comincia a prendere decisioni e dettare norme, senza tener conto dell'orientamento

del vescovo anteriore e in opposizione alle comunità locali. Rimane pure disorientato nella sua fede quando dei vescovi, attraverso la televisione, sulla rete nazionale, o attraverso un giornale di grande diffusione, insegnano cose differenti dai vescovi delle rispettive diocesi, molte volte allontanandosi dalla linea della conferenza episcopale (CNBB).

Il popolo rimane confuso e noi siamo sconcertati quando alcuni vescovi, senza tener conto della Commissione Episcopale della Dottrina, attraverso i grandi giornali lanciano sospetti e accuse contro i fratelli e compagni nostri, come padre Leonardo Boff e padre Carlos Mesters, ambedue molto conosciuti nelle Comunità. Padre Leonardo Boff continua ad essere minacciato e impedito nel suo lavoro di teologo, anche dopo che lo stesso Papa ha dichiarato che la 'teologia della liberazione è non solo opportuna, ma utile e necessaria'. Padre Carlos Mesters è accusato di insegnare al popolo in maniera errata la lettura della Bibbia. Ora molte persone, tra cui sacerdoti e vescovi, hanno detto: 'Se questo modo di vivere la fede è errato, allora molti di noi siamo in errore: comunità, sacerdoti, vescovi, diocesi intere'. E noi ci domandiamo: qual è di fatto il vero motivo di questo continuo 'prendersela con noi' (implicancia)?

Da molte parti si sente dire dai cristiani che stanno militando nella politica: 'Siamo stati formati nella Chiesa. Spinti da lei siamo entrati nella politica. E ora che stiamo nel partito o nel sindacato, sembra che non ci sia più posto per noi nella Chiesa!'. A causa del loro inserimento nella politica, vari cristiani già hanno dovuto abbandonare le Comunità. E il popolo dice: 'La Chiesa si sta chiudendo'. Altri dicono: 'Sembra che il Vaticano II, Medellin e Puebla non abbiano più valore'.

Tutto questo provoca confusioni e perplessità. Sono queste le onde che agitano il mare e entrano nella barca. Ma quello che più ci causa tristezza è che sono molti i poveri che si domandano: 'Ci sarà ancora un posto per noi nella Chiesa?'. Non possiamo permettere che i poveri si sentano traditi, come se la Chiesa tornasse ad essere solo degli altri. Il Dio nel quale crediamo è il Dio che ascolta il clamore dei poveri e si impegna ad aiutarli nella loro liberazione (Es 3,7-10). La grande stampa arriva a stravolgere le parole del Papa, come se egli non fosse il padre dei poveri; mentre egli stesso disse, durante la sua visita in Brasile: 'Padre nostro, il popolo soffre la fame!'. E a dom Helder Camara disse: 'Fratello dei poveri, mio fratello!'.

Di fronte a queste onde che entrano nella barca, viene paura e voglia di gridare con gli apostoli: 'Signore, salvaci, stiamo perendo!' (Mt 8,25). Ma l'evangelo apre i nostri occhi e ci aiuta a non perderci d'animo di fronte a questi fatti negativi, lontani dal Vangelo. Questo ci fa vedere che in mezzo al popolo ci sono molti segnali di presenza di Gesù, nascosto nella barca: la lettura che il popolo fa della Bibbia a partire dalla sua realtà e dalla sua fede; il progetto

Palabra-Vida dei religiosi dell'America Latina; lo sforzo di tanti cristiani di continuare a restare dentro la Chiesa, nonostante queste contrarietà; la lotta di tanta gente per la giustizia e per una società più giusta; la ricerca di nuovi cammini in questo campo su 'Mistica e Politica'; l'appoggio che i poveri ricevono nella loro lotta da parte di tanti fratelli di altri paesi; le dichiarazioni di diversi gruppi di teologi delle Chiese d'Europa; la decisa volontà delle nostre comunità di mantenersi in comunione con i propri pastori; l'appoggio di tanti vescovi, veri fratelli, che animano e orientano la nostra fede e nei quali riconosciamo i gesti di tenerezza e di bontà della Chiesa che è Madre e di Dio che è Padre.

Per tutto questo, proseguiamo saldi nella fede e nella ricerca di dialogo sincero con i nostri pastori. Le onde sono grandi, i problemi reali, ma non sono capaci di sconfiggere la nostra fiducia. In passato i cristiani furono capaci di superare crisi anche più gravi. Insieme con Maria, la Madre di Gesù, invociamo la luce e la forza dello Spirito Santo, perché egli ci orienti e ci animi, e perché, in conclusione, la vittoria sia dello Spirito Santo.

* * *

XII°

OLANDA

“Un sinodo sbagliato, un dialogo intraecclesiale difficile,
qualche accenno di reazione:
La situazione della chiesa olandese è ancora senza sbocco”

A 10 ANNI DAL SINODO I PROBLEMI RIMANGONO

Utrecht, maggio.

Che ne è stato del sinodo olandese dell'80? C'è ancora chi cerca di dare una risposta, ma i più l'hanno completamente dimenticato.

Posta la domanda, il segretario della conferenza episcopale, il francescano van Munster, agli sgoccioli del suo incarico, tenta di abbozzare una risposta e lo fa da storico e da protagonista. Si è trattato del primo sinodo particolare convocato da Giovanni Paolo II, cioè si un' "assemblea speciale" per trattare affari che riguardavano direttamente la regione ecclesiastica dei Paesi Bassi. La Santa Sede in seguito ha adottato altre formule con alcuni episcopati: Brasile, Perù, Stati Uniti, Germania Federale. Par van Munster stesso non è stato un sinodo libero, proprio perché la scelta della formula, lo svolgimento dei lavori e la pubblicazione del documento conclusivo, sottoscritto dal papa, dai vescovi olandesi e dai cardinali di curia, non hanno concesso molto alla

vivacità della piccola chiesa. Subito dopo il sinodo, lo abbiamo ricordato più volte (cfr. Regno-att. 6, 1988, 131, con relativi rimandi), i vescovi hanno fatto fatica a spiegare ai fedeli le norme del documento conclusivo e ancor più lo spirito. Non v'è dubbio che si è trattato di una modalità sbagliata, imposta dall'alto. Ora, con il senno di poi, tutti concordano nel dire che val più una formula che ispira che una formula che obbliga.

Sarebbe comunque ingiusto non vedere qualche risultato. Van Munster ne elenca tre. Il primo: si constata un certo miglioramento nel discernimento dei candidati al sacerdozio. Dopo il sinodo le diocesi si sono date un seminario o secondo la formula classica o secondo quella più aperta dei "convitti". Secondo: nelle facoltà teologiche c'è maggior presa di coscienza delle responsabilità ecclesiali. Ne consegue una visione più chiara dei ministeri del prete e del ruolo degli operatori pastorali, i quali collaborano di più con il clero. In sei diocesi c'è uno statuto giuridico che regola la loro attività. Terzo: si è fatta pace tra il vescovo Gijzen di Roermond e l'Ufficio nazionale missionario, dal quale l'ultraconservatore si era dissociato sbattendo la porta perché non ne condivideva il terzomondismo.

Ma là dove il sinodo è mancato è proprio sulla catechesi. La trasmissione della fede incontra grossissime difficoltà per la frattura tra la chiesa e il mondo intellettuale e quello giovanile, che, in quest'ultimo tempo, ha continuato il suo esodo dalla chiesa istituzionale approdando o all'indifferenza o alla ricerca di esperienze in movimenti o gruppi.

Quel dialogo impossibile

Non si può parlare di una "chiesa di base" in Olanda come il termine viene usato, ad esempio, in America Latina. Le comunità di base non mancano (più di un centinaio), ma generalmente sono molto piccole. Solo cinque comunità sparse qua e là possono contare su oltre un migliaio di persone. Vi sono gruppi che si danno allo studio programmato della Bibbia, altri che ricercano una presenza cristiana qualificante nella società e altri ancora che coltivano il processo conciliare ecumenico. I gruppi della contestazione sistematica ci sono ancora. Rivolgono le loro critiche, non aspre come un tempo, sia alla chiesa istituzionale che alla società. Continua ad avere un forte influsso il "Movimento 8 maggio" (cfr. Regno-att. 12, 1987, 325), che anche quest'anno ha visto la straordinaria partecipazione di migliaia di giovani e la presenza di intellettuali e teologi come Schillebeeckx. Segno sorprendente di una vivacità che trova espressione al di fuori dell'ufficialità, dato che i vescovi continuano a non riconoscere il movimento. La frattura tra movimenti, gruppi, piccole comunità e gerarchia è profonda, benché non abbia più le caratteristiche del passato. "Con questa gerarchia – ha detto Schillebeeckx ai preti della diocesi

di Roermond retta dall'intransigente Gijzen – non serve la polarizzazione e neppure la lotta aperta. In alto si arriverà un bel giorno a capire gli errori”.

La situazione del clero continua a preoccupare i vescovi. Così van Munster: “Faccio tre osservazioni: 1) i preti diventano sempre più vecchi e i giovani mancano; 2) sono sovraccarichi di lavoro e non trovano tempo per se stessi; 3) si sentono isolati perché tra preti ci si trova di rado e i contatti con i vescovi sono pressoché inesistenti. Manca la reciproca confidenza, come a dire che anche i vescovi si sentono isolati”. Me lo confessò con profonda amarezza l'arcivescovo di Utrecht, Simonis (cfr. Regno-att. 16, 1989, 444).

Quasi impercettibile l'aumento delle vocazioni. Le ordinazioni sono tuttora col contagocce. Se va un po' meglio per il clero diocesano, i religiosi sono allo stremo. Vi sono ordini e congregazioni che hanno un'ordinazione da anni.

I vescovi hanno fatto le loro osservazioni sui *Lineamenta* in vista de sinodo di ottobre sulla formazione del prete. Non ne sono soddisfatti e lamentano che ancora non sia stato pubblicato l'*Instrumentum laboris*, a due passi dalle vacanze estive. Suggestiscono più attenzione alla formazione ecumenica e avvertono che la formazione deve andare oltre l'intellettualismo. Temono che si prediliga un tipo di prete bene indottrinato nei seminari e convitti, ma poco attento alla specificità delle loro comunità cristiane. Non azzardano neppure proporre la revisione della legge del celibato, trincerandosi dietro il fatto che non c'entra con il tema specifico del sinodo. E neppure danno una mano a quelle conferenze episcopali che ripropongono la questione dei *viri probati* perché preoccupate del gran numero di comunità che, per mancanza di clero, restano a lungo senza l'eucaristia. Se la gerarchia olandese queste situazioni non le solleva più non è perché non ne senta l'urgenza, anche se il senso di marcia è cambiato con la nomina dei nuovi vescovi, ritenuti addirittura pre-conciliari da Schillebeeckx, ma perché non vuole polemiche con Roma né suscitare contrasti. C'è comunque un bel po' di malcontento perché su questo sinodo, importante per l'evangelizzazione degli anni avvenire, non si tiene per nulla conto dell'apporto dei preti stessi, che hanno affidato disagi e frustrazioni a studi e ricerche di rigore scientifico.

E si è di nuovo a una delle cause di disagio: la mancanza di dialogo tra gerarchia e clero. Per non parlare della mancanza di dialogo tra vescovi e fedeli. Al suo interno la conferenza episcopale ha ritrovato maggiore unità e produce documenti di certo interesse, pur restando una conferenza per niente affiatata. L'ultraconservatore Gijzen di Roermond è stato costretto alla collaborazione, pur non essendo convinto; il cardinale Simonis non ha statura; il vescovo Lescrauwaet, ausiliare di Haarlem, è rimpianto come teologo all'università di Lovanio (e lui rimpiainge l'insegnamento) ed esperto ai tempi del “concilio olandese”. Gli fa compagnia il silenzio. Così si può dire di Ernest di Breda e di

Möller di Groningen. La politica della Santa Sede nella nomina dei nuovi vescovi non è stata certo brillante e se ne vedono (e si pagano) le conseguenze.

Ne avremo per altri 10 anni

Ora i vescovi sono alle prese anche con il problema delle facoltà di teologia, perché un rapporto dettagliato degli esperti del Ministero della cultura e della scienza, dopo visite e analisi, ha messo in luce che il livello della ricerca scientifica è piuttosto basso e che il denaro elargito non è stato bene utilizzato. È convinzione diffusa che diciotto facoltà di teologia, sia per i cattolici che per i protestanti, siano troppe. Ma c'è la difficoltà dell'eliminazione, perché alcune facoltà affondano le radici nella storia. C'è molta inquietudine e non poca confusione. Per i cattolici sta facendosi strada la decisione di lasciare Nimega, Utrecht, Tilburg, che continueranno la loro attività rilasciando i gradi accademici.

Un'ultima osservazione sul "sentimento anti-romano". Van Munster ammette che c'è ancora nei piccoli gruppi, ma che, in generale, ha perso vivacità e incisività. Ci si è scaricati con il tempo, autoconvincendosi che Roma è lontana. Roma è sempre per loro il centralismo curiale, burocratico e testardo. C'è comunque una certa attesa per alcuni importanti appuntamenti della chiesa intera. Oltre al sinodo sulla formazione del prete, c'è attesa per la sorte del "catechismo universale"; che gli stessi vescovi olandesi non accettano così come è giunto nelle loro mani. C'è attesa per il sinodo europeo, che, se sarà obiettivo, dovrà mettere sul tappeto questioni già dibattute nella piccola chiesa olandese. È l'attesa rassegnata di coloro cui non resta altro che vedere quello che diranno gli altri? Van Munster mi ha congedato con un po' di amarezza: "Ne avremo per altri dieci anni di questa situazione". E poi? "Si vedrà". La colpa? Nessuna risposta. Scaduto il mandato di segretario della conferenza episcopale, ritornerà a scrivere. Mi ha detto che scriverà di etica e di spiritualità. L'ho consigliato di scrivere la storia della piccola e discussa chiesa olandese. Se lo facesse, saremmo in molti ad essergli grati.

(Francesco Strazzari)

* * *

XIII°

Riduzione allo stato laicale, senza motivazione e senza processo, di don
Franco Barbero (25 gennaio 2003)

Da: Adista, 22 marzo 2003

1781. PINEROLO-ADISTA Un caso forse unico per questo genere di

provvedimenti ecclesiastici. Don Franco Barbero, prete a Pinerolo ed animatore dal 1978 di una comunità di base, è stato sospeso *a divinis* e ridotto allo stato laicale direttamente dal papa, su istanza della Congregazione per la Dottrina della Fede, senza alcuna possibilità di ricorrere contro questo provvedimento. Così, con un decreto datato 25 gennaio 2003 (giorno dedicato dalla liturgia cattolica alla conversione di S. Paolo e giornata conclusiva dell'ottavario di preghiera ecumenica per l'Unità dei Cristiani), e notificatogli il 13 marzo, la Congregazione per la Dottrina della Fede ha deciso di chiudere definitivamente i conti con un sacerdote ritenuto troppo "scomodo", un prete che da oltre trent'anni, attraverso la sua missione pastorale e la sua vicinanza alle persone più emarginate, spesso anche dalla stessa Chiesa (si pensi agli omosessuali ed ai divorziati risposati), era divenuto un punto di riferimento importante per tanti cristiani ed un lucido testimone delle contraddizioni che attraversano il magistero cattolico. Ed è proprio per evitare di affrontare i temi scottanti al centro della riflessione teologica e pastorale di don Franco, che la Congregazione ha respinto ogni sua richiesta di essere ascoltato, negandogli la possibilità di esporre le proprie tesi. Inoltre, per evitare che in alcun modo don Franco potesse ricorrere contro il provvedimento, il Sant'Uffizio ha fatto in modo che fosse il papa, autorità suprema della Chiesa cattolica, a decretare in modo definitivo la condanna.

Il caso di Barbero era in mano alla Congregazione per la Dottrina della Fede dallo scorso anno, da quando, con una procedura anche in quel caso assolutamente anomala, il vescovo di Pinerolo, mons. Pier Giorgio Debernardi, aveva fatto pubblicare, il 14 febbraio 2002, sul "Piccolo" e sull'"Avvenire", e poi integralmente dall'"Osservatore romano" il giorno 15, un comunicato in cui avvertiva la comunità cristiana del fatto che don Franco, con il suo comportamento, si fosse posto "di fatto" "fuori dalla comunità ecclesiale".

Quella del Sant'Uffizio è una procedura di una durezza senza precedenti: se ne è reso probabilmente conto anche il vescovo di Pinerolo che, nel trasmetterla a don Franco accompagnandola con una lettera, si sforza di farla apparire un atto logico, giunto "non improvvisamente ed inaspettatamente"; nel corso della missiva Debernardi, rivolgendosi a Barbero, deve tuttavia riconoscere: il provvedimento pontificio "non diminuisce il riconoscimento della tua sollecitudine verso i poveri"; "l'affetto – dichiara il vescovo, che si firma 'tuo Pier Giorgio' – resta sempre lo stesso".

Nonostante questa attestazione di stima, rimane il fatto che, negli ultimi anni, mai il vescovo di Pinerolo aveva accettato di incontrare la comunità cristiana di base animata dove don Franco ha esercitato il suo ministero; mai aveva accettato un sereno confronto con le sue posizioni: lo aveva convocato in alcune occasioni solo per indurlo a rivedere le sue tesi. La comunità di Pinerolo, che si considera

colpita dallo stesso provvedimento che colpisce il suo presbitero, parla di una “Chiesa gerarchica, maschilista e patriarcale”, rimasta “uno dei pochi Stati assoluti che esercita il proprio potere senza sentire il parere dei suoi fedeli”.

(Di seguito, Adista pubblica il decreto emesso contro don Franco, la lettera del vescovo Debernardi che accompagna il provvedimento, un’intervista a don Franco, una sua riflessione, il comunicato stampa diffuso dalla comunità di Pinerolo).

IL DECRETO DELLA CONGREGAZIONE
PER LA DOTTRINA DELLA FEDE
(dimissione dallo stato clericale e dispensa dagli obblighi)

Prot. N. 26/82
Signor Franco Barbero
Della diocesi di Pinerolo
25 gennaio 2003

Il Sommo Pontefice Papa Giovanni Paolo II

Ascoltata la relazione dell’ecc.mo Segretario di questa Congregazione circa il grave modo di agire del citato presbitero della diocesi di Pinerolo (Italia), premesse le cose da premettere, con suprema ed inappellabile decisione senza alcuna facoltà di ricorso

ha decretato

che al citato presbitero venga irrogata la pena della dimissione. Allo stesso presbitero ha anche concesso la dispensa da tutti gli oneri connessi con la sacra Ordinazione, con i criteri:

1. La dimissione e la dispensa hanno vigore dal momento stesso della decisione del Romano Pontefice.

2. Al presbitero il decreto della dimissione e della dispensa sia notificato dal competente Ordinario del luogo, al quale è fatto divieto di separare giammai questi due elementi. La stessa cosa vale anche per qualche eventuale assoluzione da censure.

3. La notizia della dimissione e della dispensa sia annotata nei Libri dei battezzati della parrocchia del citato presbitero.

4. Per ciò che concerne l’eventuale celebrazione del matrimonio canonico, sono da applicarsi le norme stabilite nel Codice di Diritto Canonico. L’ordinario tuttavia faccia in modo che la cosa avvenga con circospezione e senza pubblicità.

5. L'Autorità ecclesiastica, alla quale spetta di notificare il Decreto al predetto sacerdote, lo esorti vivamente affinché, nel conformarsi alla sua nuova condizione di vita, egli partecipi alla vita del popolo di Dio, dia edificazione e così si mostri un buon figlio della Chiesa. Nel con tempo, gli comunichi quanto segue:

a) il presbitero dimesso automaticamente perde i diritti propri dello stato clericale, la dignità ed i compiti ecclesiastici; non è più tenuto agli altri obblighi connessi con lo stato clericale;

b) rimane escluso dall'esercizio del sacro ministero, né può avere un compito direttivo in ambito pastorale;

c) egualmente, non può svolgere nessun compito nei Seminari e negli Istituti equiparati. Negli altri Istituti di studi di grado superiore, che in qualsiasi modo dipendano dall'Autorità ecclesiastica, non può avere alcun incarico direttivo o ruolo di insegnamento;

d) anche negli altri Istituti di studi di grado superiore non dipendenti dall'Autorità ecclesiastica, non può insegnare alcuna disciplina teologica;

e) negli Istituti di studi di grado inferiore dipendenti dall'Autorità ecclesiastica, non può avere alcun incarico direttivo o ruolo di insegnamento. Il presbitero dimesso e dispensato è tenuto alla stessa legge nell'insegnare la religione in Istituti dello stesso genere non dipendenti dall'Autorità ecclesiastica.

6. L'Ordinario del luogo curi che il presbitero dimesso non sia di scandalo ai fedeli per mancanza della necessaria prudenza.

7. A tempo opportuno, l'Ordinario competente riferisca alla Congregazione dell'avvenuta notificazione e, se vi sia magari meraviglia tra i fedeli, provveda ad una prudente spiegazione. Nonostante qualsiasi cosa anche minimamente in contrario.

Dalla Sede della Congregazione, il 25 gennaio 2003.

Joseph Ratzinger, prefetto

Angelo Amato, S.D.B.,
arcivescovo titolare di Sila,
segretario

giorno della notifica: 13-3-2003

UN CAMMINO CHE CONTINUA INTERVISTA A DON FRANCO BARBERO

Dunque, don Franco, Roma ha sentenziato... Oggi 13 marzo alle 7 lei è stato

ricevuto dal vescovo di Pinerolo che le ha consegnato la lettera in cui il cardinale Ratzinger le comunica il decreto papale di riduzione allo stato laicale.

Il potere vaticano ha fatto il suo mestiere preferito: condannare. Non mi stupisce che questa “gerarchia buttafuori”, scambiando la Chiesa per una discoteca, arrivi a questi atti di prepotenza. Mi sorprende il fatto che non sono mai stato ascoltato: vengo condannato, come nelle dittature e nei regimi militari, senza aver mai avuto la possibilità, che persino il codice di diritto canonico prevede, di dialogare, spiegarmi, difendermi.

Da anni ho la consapevolezza che non sono funzionale alla Chiesa caserma, che non faccio gli interessi dell’azienda cattolica, che non pubblicizzo i suoi prodotti culturali, che cerco di mettere in luce le sofisticazioni catechistiche e dottrinali, che disturbo il coro, ma mi aspettavo che qualcuno avesse almeno il buon garbo, anche solo aziendale, di guardarmi negli occhi e di ascoltare se, per caso, avessi avuto qualcosa da dire.

Mi arriva invece una lettera in cui il sommo pontefice con una decisione “*suprema e inappellabile e non soggetta ad alcun ricorso*” decreta la dimissione dallo stato clericale.

Comportamenti vaticani da Kgb. Abbiamo già la fortuna la che non possono più accendere i roghi e, con un po’ di fede e di umorismo, continuiamo a imparare dalla vita che il re è nudo.

E, secondo Lei, il vescovo di Pinerolo che ruolo e che comportamento ha tenuto in questa vicenda?

Ha partecipato con piena adesione alle decisioni vaticane con una gran fretta di arrivare ad una conclusione. L’istituzione cattolica ufficiale gli sarà certamente riconoscente: finalmente l’ho visto sollevato da un problema che gli creava qualche tensione, come lui stesso mi confidò.

Non ho né amarezza né alcun sentimento di avversione verso un vescovo che è soprattutto un fedele funzionario del vaticano.

Gli auguro ogni bene: questa piena collaborazione con il vaticano sarà certamente premiata dal governo centrale della curia romana. Ho l’impressione che, nell’attuale ecclesiologia dominante, ci sono dei vescovi che davanti a Roma non hanno nemmeno il grado di sergente. Che può fare un piccolo caporale di fronte ad un capo di Stato Maggiore?

Quando si accetta un ruolo per cui nella chiesa da una parte ci sono i gerarchi e dall’altra il popolo, forse l’obbedienza resta ancora la prima “disastrosa” virtù.

Da un funzionario è troppo aspettarsi parole o scelte profetiche. Certo, non ha fatto nulla per garantire il mio diritto ad essere ascoltato o per impedire un provvedimento che, del resto, ha totalmente condiviso. Voglio rispettare le scelte della sua coscienza.

Perché in questo momento?

Secondo me il vaticano ed i vescovi hanno scelto questo momento per eseguire parecchie “defenestrazioni” cercando di utilizzare alcune prese di posizione coraggiose del papa che hanno indubbiamente creato in queste settimane simpatia ed apprezzamento per il vaticano. L’astuzia del potere però non può nascondere le sue vergogne continue dietro una posizione apprezzabile che oggi, del resto, sarebbe stato difficile non assumere vista la barbarie del governo USA e la crescente mobilitazione politica e popolare contro la guerra. I problemi nodali di questa struttura cattolica, violatrice sistematica dei più fondamentali diritti umani, che emargina le donne, i separati e divorziati, che condanna gay e lesbiche, che mantiene l’ipocrita legge del celibato obbligatorio dei preti, che cerca privilegi nella scuola privata, che ha vissuto secoli di prostituzione con tutti i più squallidi poteri, che diffonde angoscia e sessuofobia, che fa del tempio un grande mercato... non possono essere coperti da qualche buon appello alla pace. Ci vuole ben altro.

Lei, don Franco, come vive questo giorno? Come si sente?

Ho trascorso la mattinata, dopo il tempo dedicato alla preghiera ed allo studio, nei colloqui con amici tossicodipendenti e con alcuni preti stranieri. Ora sono in partenza per alcuni incontri a Roma ed in Francia. Sabato pomeriggio a Torino presiederò la celebrazione eucaristica nella quale un parroco del Lazio si sposa con una donna senza lasciare il ministero.

Come vede, continuo la mia vita esattamente come prima. Considero questa lettera vaticana come il regalo del papa e del mio vescovo per i miei 40 anni di ministero. La “pulizia teologica” che è in pieno svolgimento un po’ ovunque nella chiesa cattolica “non disdegna le vie brevi della prepotenza” (*Concilium* 1/2003) e spiritualmente mi ero da tempo preparato in piena comunione con la mia comunità. Ho rifiutato la vergognosa proposta di “rientrare”, di accettare il silenzio e qualche incarico. Il denaro della chiesa, più volte offertomi, non mi ha mai interessato, né ho bisogno di sicurezze istituzionali. Più che mai oggi, inserito nei movimenti cristiani di base, mi occorre fiducia in Dio, preghiera, studio delle Scritture, la compagnia delle persone che fanno più fatica a vivere, tempo per la ricerca teologica, uno stile di vita semplice e sobrio.

Questo è l’orizzonte in cui cerco ogni giorno di convertirmi sulla strada di Gesù, l’ebreo marginale, che per noi cristiani è l’icona del Dio vivente. Non ho nessun bisogno di “rientrare” né nella chiesa cristiana, né nel ministero, né nella tradizione cristiana perché non ne sono mai uscito. Da questa chiesa non mi scacciano quattro arroganti parole d’un gerarca romano. Né accetto di essere trattato come un bambino scappato da casa o un giovanotto un po’ ribelle e recalcitrante da ricondurre sulla retta via.

Sono prete e lo rimarrò per tutta la vita; faccio il prete e lo farò per tutta la vita. Quello che mi assicura e mi sostiene è il riconoscimento delle comunità in cui svolgo il ministero. In questi giorni ho tanto ringraziato Dio perché sono una persona felice ed ho la compagnia e la solidarietà affettuosa di tutta la mia famiglia, della mia comunità, dei movimenti cristiani di base non solo italiani, di migliaia di preti, di teologi e teologhe. Sono grato a Dio perché mi guadagno il pane quotidiano ed il necessario per i libri con un ministero umile, onesto e libero nella mia comunità.

Penso con dolore ai tanti sacerdoti che sono costretti a rimanere nell'obbedienza perché, fuori da quel ruolo, come mangerebbero? Privi dell'indipendenza economica, molti preti devono rassegnarsi a mangiare quella minestra...

La comunità di Pinerolo e le altre comunità cristiane di base come vivono questo fatto?

Credo che le comunità cristiane esprimeranno il loro punto di vista. Io so che nulla cambierà tra di noi.

Resta il fatto che, ben diversamente dal vescovo precedente che era venuto due volte in visita alla comunità, l'attuale vescovo non ha mai nemmeno preso in considerazione le lettere, gli inviti, i tentativi di dialogo della comunità. Certo, è più facile dialogare con i valdesi che con una comunità cristiana di base. Il vescovo ha sempre rifiutato il dialogo con la nostra comunità. Ripeto: non ha mai accettato nemmeno di incontrare una delegazione. Non ha mai risposto ad una lettera della comunità; bell'ecumenismo! L'invalidità del documento vaticano di cui non terremo nessun conto deriva anche dal fatto che, se non si ascolta la comunità, nessun provvedimento ha una efficacia ecclesiale.

*Religious symbols and the principle of 'laicità' in Italy and France**

GERMANA CAROBENE

The recent debate over 'laicità'¹ has given rise to strong disputes both in doctrine and in jurisprudence especially as refers to problems arising from the exhibitions of religious symbols in private and in public spaces. All the problems are related to different ways to configure symbol in multicultural systems such as the concept of "identity" (cultural, ethnic, ethic, religious).

All the polemics spurred in France by the famous law banning the wearing of the Islamic veil in schools² – that have promoted jurisprudence contributions in Germany³, Turkey, England and at the European Court of Human Rights⁴ – or relating to the 'crucifix case' in Italy⁵, make all the more urgent

* Paper presentato al Convegno *Religion in the 21st Century. Transformations, significance and challenges* (Copenaghen, 19-23 sept. 2007).

¹ "Laicità" is a term which is impossible to translate in English: 'laicism', in fact, has a different, and negative, meaning in the Italian language. Also the term 'secularism' has a different meaning in our language.

² Loi 2004-228 del 15 marzo 2004 *Sur le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées public*, www.legifrance.gouv.fr.

³ The Constitutional federal Court of Germany has recently tried a case regarding a teacher fired because of her will to wear a veil in class. The Bverf G has solved the question considering that there is not a legislation about it and calling in the Lander to regulate the matter according to the different communities composition: cfr. ALESSANDRA DI MARTINO, *La "decisione sul velo" del Bundesverfassungsgericht*, on web site www.associazionedeicostituzionalisti.it/redazione.html. The article shows the text of the judgement and the sentence of BverfG, 30 lugl 2003 which considered illegal the dismissal of an employee who wanted to wear a veil. In this case the Court had denied the right any other kind of clothes excluding uniform since that also muslim girls had to wear it. Cfr. anche *House of Lord. Opinions of Appeal for judgment in the case R (on the application of Begun (by her litigation friend, Rabman)) (Respondent) v. Headteacher and Governors of Denbigh High School*, 22 mar. 2006, in olir/jiab.htm. Also in this case muslim girls had no right to wear veil instead of uniform.

⁴ European Court of Human Rights, *Leyla Sabın c. Turquie*, 10 novembre 2005, req.n. 44774/98, www.coe.int. Cfr. GERMANA CAROBENE, *La libertà di religione, di manifestazione del credo religioso e il rispetto dell'ordine pubblico. Riflessioni in margine all'affaire Leyla Sabın davanti alla Corte Europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritto e Religioni*, 1/2, 2006, pp. 621- 633.

⁵ Italian Constitutional Court: sentt. 203/1989; 259/1990; 13/1991; 195/1993; 421/1993; 149/1995;

a rethinking of the new dynamics of 'laïcité', at least at European level⁶.

Laicism is, indeed, not only a *principle*⁷, an objective ideal, but a *method*, a path designed for a pacific and constructive living of the social structure and it is in this sense that the conceptualization related to the religious identification should be correctly set⁸.

It is interesting to start from an evolutionary analysis of the so called 'laïcité à la French' that, at least partially, has been parallel to the Italian one. From a *laïcité éclairée*, derived from the ideology of the *lumières* and of the desacralisation of the civil power, they have moved, at the beginning of the 20th century, to a period of *laïcité radicalisée* that centres on the independence from Churches, in a very hostile manner to clericalism⁹. In Italy this period, typical of the liberal legislation of the second half of the 19th century, led to, even in presence of a Constitutional Charter clearly confessional, to a strongly anticlerical legislation, that brought to the *debellatio* of the Papal State.

440/1995; 178/1996; 334/1996; 235/1997; 329/1997; 508/2000; 327/2002; 389/2004; 168/2005, and ord. 127/2006. Jurisprudence: Cons. di Stato, Adunanza II Sez., parere 27/04/1988, n. 63; Corte di Cass., III Sez. Pen., 13/10/1998, n. 10; Corte di Cass., IV Sez. Pen., 01-03-2000, n. 439 (est. Colaianni); Avv. Stato di Bologna, parere del 16/07/2002; Trib. dell'Aquila, ord. 23-10-2003 (est. M. Montanaro); Trib. dell'Aquila, 19/11/2003 (pres. est. Villani); TAR Veneto, I sez., Ord. Rimess., 14-11-2003 (relat. Gabricci); TAR Veneto, III Sez., 17/03/05, n. 1110; Trib. Civ. di Bologna, I Sez. Civ., ord. 24-03-2005 (est. Palombi); Trib. Civ. Napoli, X Sez. Civ., ord. 26/03/2005 (est. Pignata); Trib. Civ. dell'Aquila, 31/03/2005 (est. Villani); Trib. Civ. dell'Aquila, ord. 26-05-2005 (su reclamo dell'ord. 31/03/2005), (Pres. Rel. Tatozzi); TAR Lombardia, Sez. Brescia, sent. 22/05/2006, n. 603; Cons. di Stato, VI Sez., 13/02/2006, n.556; Cons. di Stato, Adun. Sez. II, 15/02/2006 (est. Pozzi); ed anche Corte. App. Perugia, ord.10/04/2006 and sentences about judge of Camerino: Trib. dell'Aquila, 15-12-2005, n. 622 e TAR Marche, 22/03/2006, n. 94. Cfr. EDUARDO DIENI-ALESSANDRO FERRARI-VINCENZO PACILLO, *Symbolon/diabolon. Simboli, religioni, diritti nell'Europa multiculturale*, Il Mulino, Bologna, 2005.

⁶ Cfr. ALESSANDRO FERRARI, *Libertà scolastica e laicità dello Stato in Italia e Francia*, Torino, 2002; PAOLO CAVANA, *Interpretazioni della laicità. Esperienza francese ed esperienza italiana a confronto*, Roma, 1998 e ID., *I segni della discordia. Laicità e simboli religiosi in Francia*, Torino, 2004; JEAN BAUBEROT, *Laicità e pluralismo in Francia*, in *Coscienza e libertà*, 1997, pp. 73-85; GIUSEPPE CAPUTO, *La questione del velo islamico*, in *Quad. dir.pol.eccl.*, 1990, I, pp. 507-509; GAETANO CATALANO, *Libertà religiosa e diritti fondamentali nelle società pluraliste*, in *Dir.Eccl.*, 1997, III, pp. 597-616; FRANCESCO ONIDA, *Nuove problematiche religiose per gli ordinamenti laici contemporanei*, in *Quad. dir.pol.eccl.*, 1998, I, pp. 279-293; MARIO TEDESCHI, *I problemi attuali della libertà religiosa*, in *Studi di diritto ecclesiastico*, Napoli, 2002, pp. 1-22; PAOLO STEFANI, *La laicità dello Stato come problema giuridico*, Bari, Cacucci, 2000. EMILE POULAT, *Liberté, laïcité. La guerre des deux France et le principe de modernité*, Paris, 1987, and, *La solution laïque et ses problèmes*, Paris, 1997.

⁷ HENRI PENA RUIZ, *Qu'est-ce que la laïcité?*, Gallimard, Mesnil-sur-l'Estrée, 2003, p. 10.

⁸ Cfr. AA.VV., *Il principio di laicità nello Stato democratico*, a cura di MARIO TEDESCHI, Soveria Mannelli (CZ), 1996; AA. VV., *Ripensare la laicità. Il problema della laicità nell'esperienza giuridica contemporanea*, a cura di GIUSEPPE DALLA TORRE, Torino, 1993; RICCARDO ACCIAI, *La necessità di una ridefinizione del concetto di laicità*, in *Dir.Eccl.*, 1991, I, pp. 507- 511; PIERO BELLINI, *Riflessioni sull'idea di laicità*, in AA.VV., *La questione della tolleranza e le confessioni religiose*, Napoli, 1991, pp. 29-50.

⁹ RENÉ REMOND, *L'anticalicismo en France del 1815 à nos jours*, Paris, 1999.

The before – the last-period is, instead, different because in France there is a recognition of *laïcité*, with the ultimate inclusion in Republican Constitutional Charters¹⁰, whereas in Italy the stipulation of the ‘Patti Lateranensi’, recalled in art. 7 of our 1948 Constitution, have represented a limit to a definition as of ‘laicità’ of our laws.

The principle of ‘*laïcité*’, set out in art.1 of the current French Constitution, centres on values such as respect, dialogue, tolerance, pillars of the Republic democratic identity. In Italy, instead, notwithstanding the formulation of art. 8 cost., that clearly declares the ‘equal freedom for every religious confession’, motivations of political opportunity have determined a situation of legislative *favor* for the Catholic Church not yet overcome, notwithstanding the revision of the *Concordato* and the beginning of the stipulation of pacts with a-catholic confessions. The affirmation of ‘laicità’, as supreme principle of our legal order, is due to the involvement of the higher jurisprudential organ, the Constitutional Court that, in a famous ruling of 1989, has declared it as structural base of our democratic State. The Court has also qualified ‘laicità’ as constitutional implicit super-principle, and the definition of its content as equal respect – from public powers – of the different spiritual options that live together in a pluralistic mature democracy.

The ‘laicità’ evolutionary path seems, however, to be making dangerous steps back especially in France where, beginning in 2001, we can see a progressive intrusion of political power in the management of religious oriented sectors that, in the past, were left to private autonomy. The starting point can be traced back to legislation on religious sects, then to the famous ruling on the exhibition of religious symbols in 2004 up to the adoption of the recent ruling on *laïcité* in public services. It is a sort of *defensive ‘laïcité’*.

Against the pressure of centripetal forces inside the society the political-legislative involvement is directed, in the name of the supreme principle of ‘*laïcité*’, to affirm its own essential values by intervening in sectors that are, and should be, private. This kind of “laicità” seems not to be able to solve social conflicts anymore. It seems that the current ecclesiastic law politic is oriented towards anachronistic approaches that, in order to affirm the dogma of the State supremacy and of the neutrality of public space, are focussed on stronger and stronger forms of involvement and compression of the individual private sphere.

The 2004 law, in the authors’ intentions would tend to consolidate, in school structures, the French republican model of cultural integration

¹⁰ EMILE POULAT, *Liberté, laïcité...cit.*, pp. 199-200.

based essentially on the '*laïcité*' ideal, on the project of reformulating and re-establishing the unity of the national community by respecting diversities and religious pluralism. The aim is that of creating a neutral space – school – inside which favouring reciprocal respect and cohesion on the basis of common values. The legislative document seems, instead, to be focussed on the ban of the Islamic veil even because it is considered not a simple religious symbol but the expression of an evident gender discrimination, extremely anachronistic.

The debate over the Islamic veil has also spurred an intervention of the European Court of Human Rights in two cases, one regarding Switzerland and the other Turkey that, even with different perspectives, brought to similar conclusions. The first hypothesis was relative to a primary school teacher, converted to Islam, and confirmed the country authorities' decision that, on the basis of the principle of neutrality of public teaching, denied the option of wearing the veil during classes, given the strongly symbolic value of the veil and the age of the students, too young and easy to manipulate¹¹. In the second hypothesis a university student had been asked not to go to classes as she would wear the veil. In this case too the request has been judged legitimate as the European Court, despite the acknowledgement that the ruling banning the veil represent an intrusion in the right of expressing religious freedom has nevertheless declared that it can be a 'necessary measure in a democratic society'. This decision is not, however, sharable given that the use of the veil did not impact on other people's own sphere, but that it could have, more correctly, be seen as a form of expression of own belief that does not interfere with social nor political order. The recalling of rulings on laicism in school structures cannot be justified – they could affect teachers but are not supposed to limit students' rights. The school role, in fact, is undoubtedly linked to education, not only from a cultural point of view but also to help creating the personal identity of the student that can and should respect diversities of the individual and of groups. The main goal should be a policy able to allow an ethnic integration in order to contain the differences without assimilating and changes¹².

¹¹ European Court of Human Rights, *Dablab c. Suisse*, 15 fev. 2001, www.echr.coe.int.

¹² Cfr. FRANCES RADNAY, *Culture, Religion and Gender*, in *International Journal of Constitutional Law*, 1, 2003, underlines that "genuine individual consent to a discriminatory practice or dissent from it may not be feasible where these girls are not yet adult. The question is whether patriarchal family control should be allowed to result in girls being socialised according to the implications of veiling while still attending public educational institutions... A mandatory policy that rejects veiling in state educational institutions may provide a crucial opportunity for girls to choose the feminist freedom of state education over the patriarchal dominance of their families... a prohibition of veiling risks violating the liberal principle of respect for individual autonomy and cultural diversity for parents

It's interesting to point out the opinion of High Court of Justice, Administrative Court in Great Britain – case about a girl who has been turned away from the school because of her willness to wear the veil in the place of uniform –: “if the jilbab were to be introduced as a part of the school uniform there is a risk of creating two classes of pupil”. In a sense “on the desirability for the school retaining a uniform are not only those set out in the Governor’s decision but include the need to support inclusion and social cohesion. If the school were to allow pupils to wear a variety of different form of groups and cliques who would be identified by the clothes that they wear”¹³.

In the Italian context the debate on ‘laicità’, that seemed to have been set in the rulings by the Constitutional Court, has been reopened during the judicial case regarding the exhibition of the crucifix in schools and public places¹⁴. The case has spurred a lot of judicial, and also doctrine, involvement in open dichotomy up to a ruling of 2006¹⁵ that, with an awkward interpretation, declares the crucifix a symbol of tolerance and civil values, thus concluding that the exposition in classrooms is compatible with the principle of ‘laicità’ thus stressing the objective change of the cultural sphere.

The model of ‘laicità’, deriving from the Italian jurisprudence, extremely inhomogeneous and non-linear, seems to be founded on plans that cross each other in the attempt of excluding any possible conflict with the social structure, with a marked catholic nature; in the configuration of a general and aseptic freedom of individual conscience and equal freedom of religious confessions with respect with public powers but, overall, of marked privilege with respect to Catholicism and of its underpinning values.

as well as students” (p. 663). Cfr. also FAEGHEH SHIRAZI, *The Veil Unveiled. The Hijab in Modern Culture*, Gainesville, University Press of Florida, 2001, a work over the origins of religious veil.

¹³ Sentence may 27, 2004, *Shabina Begum c. the Headteacher and Governors of Denbigh High School*, edited by www.unimi.giurisprudenza.olir.it, nn.41-42 where the Court comes to the conclusion that “to change the school uniform in the way the claimant suggest would lead to divisiveness within the school and would threaten the cohesion within the school.... The current school uniform has served the school well promoting a positive ethos and sense of community identity” (n.84). Cfr. MARIA PAGANO, *Il divieto di indossare il foulard islamico: due sentenze a confronto*, in *Diritto e Religioni*, 3/2007, pp. 540- 552.

¹⁴ Ord. Tribunale de L'Aquila, rg 1383/2003; T.A.R. del Lazio, sent. 4558/2002/t/n; Corte Costituzionale, ord. 389, 2004; Consiglio di Stato, VI sez., n. 556/2006; Corte Costituzionale, ord. 127, 2006. Parere Consiglio di Stato, n. 63, 27.04. 1988: whether Italian Constitution guarantees equal rights to all religious communities, it's allowed to place religious symbols in public spaces such as the Crucifix that belongs to the the inheritance of a country. On the other side it doesn't seem that the Crucifix placed in class can interfere with individual freedom to express religious identity, cfr. *Quaderni diritto e politica ecclesiastica*, 1989/I, pp. 197-199.

¹⁵ Sentence n. 556/2006 of VI section Consiglio di Stato, cit.

The Italian supreme jurisprudence¹⁶ has associated 'laicità', as a supreme principle of our legal order, to a regime of 'cultural and confessional pluralism', and putting, in so doing, at the same level every option unless it implies a violation of the equality principle that would hinder the coexistence of the different options¹⁷, by underlining the need of jointly and dialectically elaborating the rules of a shared ethic and values.

There is a strong discrepancy between the sentence of Constitutional Court and the recent decisions of administrative courts whose opinion seems to step back a pace.

It's due to remember a sentence of Constitutional Court dated 1991 where the Court has underlined that human conscience has to be considered as the deepest part of human dignity which needs to be granted as much as Constitution determines fundamental values according to the priority they have in Constitution¹⁸. In the same year the court confirms her opinion regarding the importance that *favor* to religious phenomenon and right of conscience's freedom have to work together¹⁹; in this sentence the court points out the need to grant at the same time catholic religion teaching in public school as display of laicità, and right of people who don't want to follow this optional lesson. All depends on the personal choice about this teaching. It's important to underline that the Court does not figure catholic religion teaching as expression of laicità but as allowed in public school by the principle of "laicità". "The Crucified" will be considered as a symbol of "laicità" only fifteen years later by the administrative court.

The analysis of Italian jurisprudence helps us to survey all the problems: pluralism; no question about number of people; no question about sociological aspects; no different subjects based on religion; equidistance and impartiality; rule of distinction between orders; religious minority's rights; legitimacy, within certain limits, of legislation promoting religion freedom's rights²⁰.

¹⁶ Sentence n. 203/89 della Constitutional Court.

¹⁷ In this sense also Constitutional Court, sentence 18 ott. 1955, n. 440 in *Il Foro It.*, 1996, I, c. 30, but also SARA DOMIANELLO, *Sulla laicità nella Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1979, p. 58 ss.

¹⁸ Sentence Constitutional Court n. 467/1991, *Giur. Cost.*, 1991, p. 3805 ss., p. 3813 ss., point 4 in law.

¹⁹ Sentence Constitutional Court n. 13/1991.

²⁰ GIUSEPPE CASUSCELLI, *L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia di vilipendio della religione*, in *Quaderni della Scuola di Specializzazione in Diritto ecclesiastico e canonico*, 7, Napoli, 2002, 79 segg., especially p. 86; also in *Quad. Dir. Pol. Eccl.*, 2001/3, 1119 segg. According to this point of view: the Italian State can be considered less "laico" than a nineteenth-century cultural liberal State and than France State starting from the third Republic. The Italian State is "laico" in so far as, although it's not neutral, it's not confessional (it's "independent" and leader in its own

We notice the importance of relation between the principle of “laicità” and the right of conscience as a fundamental freedom, related to the protection of religious sentiment²¹ which not only the State but the community has to be interested in. It’s better defined the area of protection of religious sentiment which is connected to the constitutional right of religion freedom. The principle of “laicità”, doesn’t mean unconcern about all religious phenomena but involves legislation which has to be ‘equidistant and fair to all religious communities’²². The relationship between symbol and “laicità” is instead matter of recent decisions. In detail, considering the Crucified as a “non symbol” – and especially a passive figure – shows a different way to see “laicità” and religious freedom that intend to express the idea of no pression to religious practices.

The analysis of sentences shows how italian courts consider the Crucified both an important symbol and a passive sign or at least a “no symbol”. According to their opinion infact, the principle of laicità must be made of a *favor religionis*, evaluating the relations between religion, social context, and historical inheritance. In order to grant religious freedom, the State does not allow religious intolerance and discrimination and religious pluralism does not limit “negative freedom” to not have any religious belief. We discuss the faults of the theory which relates laicità to the “Crucified” as a value of tolerance, if not even a symbol of “laicità”. The Crucified is linked to hold values born in a secular laical society.

sphere and can’t interfere with religious communities (it has to come to an arrangement with them). Considering legislation about religion unimportant for the pluralist State, or that it has to be based on equidistance and impartiality it’s really far from Constitution and from a plural society: MARCO OLIVETTI, *Incostituzionalità del vilipendio alla religione di Stato, uguaglianza senza distinzioni di religione e laicità dello Stato*, in *Giur. Cost.*, 2000, p. 3972 ss., especially p. 3977; *contra* FRANCESCO RIMOLI, *Laicità (diritto costituzionale)*, in *Enc. Giur. Treccani*, XIX, Roma, 1996, 8. The Court says that equal rights to religion freedom of single people lead to equal right of a community: Sentence n. 346/2002 (Onida). ALESSANDRO ODDI, *Il principio di «laicità» nella giurisprudenza costituzionale*, in ROBERTO BIN - GIUDITTA BRUNELLI - ANDREA PUGIOTTO - PAOLO VERONESI, *La laicità crocifissa? Il nodo costituzionale dei simboli religiosi nei luoghi pubblici*, Torino, Giappichelli, 2004, 240 segg., and pp. 247-248, according to this opinion the Court seems to show a favour for the religious community.

²¹ The conscience is granted on two levels: at first the art. 2 of Constitution; on second level art. 19, for religious “conscience”; and art. 21 for “conscience laica”. In case of political discrimination we can act the equality principle which is able to cancel legislation against the freedom of the conscience. We can enforce the balancing action of equality principle by the principle of laicità when there is an interference between civil order and religious order: GIOVANNI DI COSIMO, *La Corte, il giuramento e gli obiettori*, note at the sentence n. 334/1996, in *Giur. Cost.*, 1996, 2935 segg., especially p. 2948.

²² Sentence of Constitutional Court n. 329/1997 (Zagrebelsky). See a recent statement of the Constitutional Court, n.168/2005 (Neppi Modona) where the Court note that the protection of religious sentiment is based on one side on equality principle set in art. 3 Cost., on principle of laicità o non-confessional State...which means, equidistance and impartiality to all religions, according to what is sanctioned by art. 8 Cost., which refers to equal freedom to all religious communities.

The principle of *laicità* should involve public space able to be neutral during the conflicts between systems also for a long time”²³ so that the State can act in favour of religious factor with a positive attitude.

According to some authors the placement of the Crucified, inferred from the article n. 9 of the “Accordo”, is based on the the new configuration of catholic religion which has moved from the concept of religion State to the idea of a cultural and social factor.. Nevertheless we notice that there are no more juridical reasons for considering the “Crucified” placement conformyng with religious freedom, since that Italy has been going through a cultural change and because of contitutional principles which command respect for people and a neutral State.

A recent decision of an administrative court has to be censured because if on one side underlines the importance of the principle of ‘*laicità*’, on the other side, considers the Crucifix as a historical, cultural and religious sign. On the second part the sentence, going through an historical religious rebuilding, affirms that the Crucifix is a symbol of ‘*laicità*’ that can teach what ‘*laicità*’ is for people who are not Christian²⁴.

The Council of the State on 2006 has thus emphasized the inadequacy of a universal vision of ‘*laicità*’ that does not depend on belief and/or religious context, underscoring that the symbol, represented by the exhibition

²³ Sentence Court of Cassazione, IV sez. pen., 1 marzo 2000, n. 439 (Colaianni).

²⁴ According to this opinion the “*laicità*” of the State is the expression of tolerance contained in the kerigma of christian belief so that there is a relationship between christian belief and freedom which bring us through the crociates and the antisemitism to tolerance and to the basis of “*laicità*”. The sentence underlines that in christian faith the method of charity is more important than the same belief that is the message of all religions. It’ for this reason that the “Crucifix” has to be considered as symbol both of historical evolution, identity, and values system such as freedom, equality, human dignty, religious tolerance and “*laicità*”. The “Crucifix” meant to be the symbol of a typical history,national identity can be placed in public school because of the importance to remark the principle of ‘*laicità*’.

Sentence VI Section, 13-02-2006, n. 556, confirms TAR Veneto: it’s clear that in Italy, the “Crucifix” is able to express the origin of tolerance, respect., human importance, human rights, human freedom, the autonomy if human coscience againt authority, national solidarity, refusing discrimination, which represent italian civilization. In Adunanza II Section, of 15-02-2006 we read that the concept of *laicità* is not on the opposite side of religiousness, causing only that a democratic State ha to be neutral to all different faiths. Nevertheless the Consiglio di Stato points out that the principle of *laicità* does not run the risk by the presence of the “Crucifix” in school. It represents also an historical, symbol and a national identity sign., the Christianity is first a sociological phenomenon; and we remember the references in Concordato to the historical inheritance of Italy relating to the social aspect of religion. This sentence is very similar to the opinion of Consiglio di Stato dated 1988. And still: we can also say that actually that the “Crucifix” ha to be considered as the symbol of both historical cultural evolution and our national identità, and expresses a value’s system such as freedom, equality, human dignity and religious tolerance and also ‘*laicità*’ in the manner provided for by our Constitution.

in public places of the Crucifix – does no longer carry a religious value but embodies ‘civilly – relevant values’. The link of the symbol with the real essence of laicism cannot, however, be shared just like the equation crucifix – universal symbol.

On an Italian perspective, the principle ‘laicità’ should be brought to religious values despite of the importance of a cultural support.

A serious theory of the concept should point out that it represents the basic value of a new citizenship dimension. However, it cannot translate in a real approach of neutrality and progressive indifference towards the invasive affirmation of religious oriented instances and the analysis of our legislation leads to a definition of subtle ‘*confessionismo*’ that affects the evolution of legislation and the impossibility of making the normative and social structure of our country neutral.

The elimination *tout court* of symbols in the name of ‘laicità’ cannot be valued in a totally positive way given that the State ‘*laico*’ should not be oriented towards a negative approach, of denial, but positive, directed to a full valorisation of values of ‘laicità’ that western culture has produced, and difficultly affirmed over the centuries, as unique conditions to contrast potentially destabilizing activities. It is then necessary ask on the real concept of ‘laicità’ that, correctly understood, should imply the separation of civil from the religious society, beginning of a real neutrality of public spaces. The evolution of the legal order shows timid attempts towards the search of a compromise, geared to an *inclusive* ‘laicità’, and emblematic are the formulas of the swearing thought of in the most extensive way.

The phase towards which modern democratic structures need be directed to should be founded on an *indispensable* ‘laicità’. New ‘laicità’ needs to be based on a juridical valorisation of diversities, letting going the neutrality principle so as to include, instead, that of pluralism, not as an a critic acceptance of the different instances of acknowledgment but it should be based on cultural opening and on dialogue. The positive function of ‘laicità’, up to date and correctly intended, must then be oriented towards the creation of an open public space to be enjoyed by all citizens, not influenced by any religious form, and capable of permitting an equal treatment, at both individual and collective level, in all sectors of private and public life, related to the sacred. The problem of affirming the ideal of ‘laicità’ in a socio-political context characterised by the recognition and protection instances of cultural diversities implies then the option, given to groups, of developing and exerting autonomously their own freedom spaces. The protection of their rights requires a corresponding task, by the political power, of fully granting this exercise, of course in respect of the limits foreseen by the Constitution or by the penal code.

However, and this represents the most relevant question, if these pretensions affect the common ethic sphere should the State accept those influences or should it, on the contrary, impose limits so as to grant its own *status quo*? Think of the veil case, as an example where doctrine and jurisprudential disputes have been focussed on the gender implications of the veil besides the nature of visible religious symbol. If not imposed to very young people but freely worn, there would not be room for public powers involvement in an intimate and private sphere such as clothes chosen or the style of family education, more or less rigid and conservative. But religious exhibition should be limited in spaces meant to be neutral. At the same time the recalling of historical traditions is not valid if not in the case of goods, with a cultural relevance, whose displacement in other places cannot be realised without damage to the work of art.

It is obvious that the coexistence of cultural diversities represents the new, difficult *equilibrium* around which the national and international geopolitical future will evolve. The suppression of cultural identities, heritage of an historical period that is now anachronistic, must be conclusively overcome towards the development of 'politics of identities'. The new aim must be the conciliation and the balancing of different needs: the respect for traditions, that of human rights and of the basic values of the individual. The basic task of the legislator and of those bodies, like the European ones, that should identify guidelines directed to the creation of a common idea of Europe, is in fact to avoid the implosion of the social structure, by helping coexist the various cultural and confessional instances. An open society cannot simply defend its own cultural roots, thus limiting the minorities' rights, as this approach could be tipped over in a different, and future, structure of the balance majorities/minorities²⁵.

²⁵ Cfr. ALESSANDRO PIZZORUSSO, *Minoranze e maggioranze*, Torino, 1993 who says that recognizing that minorities have right to exist, to express their point of view and evaluate their own identity is based on the acceptance of the idea of relativism. Many verities to examine and a solutions can come out just from comparing different opinions (p. 44).

Il ripudio in diritto islamico e diritto romano

ALESSANDRA D'ANTONIO

1. Introduzione

Di fronte alla crescente ed inarrestabile crisi della famiglia, tanto in Occidente quanto nelle società islamiche, il tema del divorzio, o ripudio, per utilizzare la terminologia islamica (*talaq*), appare di estrema attualità.

In ordine all'ammissibilità del divorzio si sono formate differenti opinioni:

- Il ricorso al divorzio non deve essere ostacolato da alcuna restrizione derivante da considerazioni di ordine etico o giuridico.
- Il matrimonio è un sacramento, pertanto indissolubile.
- Il ricorso al divorzio deve essere concesso al marito ma non alla moglie (tale posizione è stata ormai superata).
- Il matrimonio è sacro, la pace familiare deve essere preservata, ma in casi particolari di incompatibilità deve essere concesso a entrambi i coniugi il diritto di divorziare.
- Il matrimonio è sacro, la pace familiare deve essere preservata, il ricorso al divorzio deve essere limitato ai soli casi di reale impossibilità di perpetuare il vincolo familiare. La società è responsabile di combattere i fattori che incentivano i divorzi, ma la legge non deve negare ai coniugi che non riescano a convivere pacificamente il diritto di divorziare. La porta del divorzio è aperta tanto per l'uomo quanto per la donna, anche se, come si vedrà, le procedure di applicazione differiscono. Il diritto al divorzio è riconosciuto sia all'uomo che alla donna, ma assume forme diverse nell'uno e nell'altro caso. Questa è la posizione dell'Islam circa il tema trattato¹.

¹ MURTADA MUTAHHARI, *I diritti della donna nell'Islam*, Centro culturale islamico europeo, Roma, 1988, pp. 183 ss.

Il matrimonio² è un vincolo di particolare importanza nell'Islam, con cui Dio unisce un uomo e una donna in modo che condividano gioie e dolori.

Il Corano afferma che le mogli sono una veste per i mariti e viceversa³.

Entrambi i coniugi godono di diritti simili nell'ambito del vincolo matrimoniale, però l'uomo è posto in posizione di superiorità rispetto alla donna date le responsabilità acquisite con il matrimonio: «esse hanno diritti equivalenti ai loro doveri in base alle buone consuetudini, ma gli uomini sono superiori⁴».

Si tramanda che il Profeta Muhammad abbia ingiunto agli uomini di nutrire e vestire le proprie mogli e di non colpirle mai al viso, umiliarle o isolarle, se non in casa⁵.

Percuotere il volto di una donna è proibito perché contrario alla dignità umana, nonché pericoloso per la più bella parte del suo corpo. Quindi, l'uomo non può picchiare la moglie in modo da causarle alcun danno o dolore, né può insultarla.

La donna, a sua volta, non può lasciare che entrino in casa persone sgradite al marito, non può lasciare l'abitazione senza il suo permesso, non può negarsi nell'intimità, né può picchiarlo qualora sia più forte di lui⁶.

L'uomo è tenuto ad essere paziente con la moglie, accettandone i difetti,

² Sul matrimonio nell'Islam si vedano DAVID SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malichita*, I, Istituto per l'Oriente, Roma, 1938, pp. 190 ss.; ASHRAF ALI THANWI, *Babishiti Zewar*, Idara Isha'at - e - Diniyat (P) LTD., Dehli, 1993, pp. 207 ss.; AL HUSSEIN BEN AL MUBARAK AL ZUBAIDI, *Le sommaire du Salih Al - Boukhari*, II, Dar el Fiker, Beirut, 1994, pp. 422 ss.; AHMAD IBN NAQIB AL - MISRI, *Reliance of the traveller*², Aamna Publishers, Dehli, 1994, pp. 506 ss.; MUHAMMAD BIN ABDUL - AZIZ AL MUSNAD, *Islamic fatawa regarding women*, Darussalam, Riyadh, 1996, pp. 163 ss.; YUSUF AL QARADAWI, *The lawful and the prohibited in islam*, El - Falah, Cairo, 1997, pp. 225 ss.; 'ABDUR RAHMAN. I. DOI, *Sbar'a the Islamic law*, Ta Ha Publishers, London, 1997, pp. 114 ss.; ROSARIO PASQUINI, *La famiglia nell'ordinamento islamico della società*, Edizioni del Calamo, Milano, 1997, pp. 41 ss.; MALEK BEN ANAS, *Al Mouatta*, I, Dar el Fiker, Beyrouth, 2000, pp. 610 ss.; KAMAL FAGHIH IMANI, *La retta via*, Centro di Studi Islamici "Imam Amiru - l - mu' minin Ali", Qom, 2000, pp. 102 ss.; AHMAD 'ABD AL - WALIYY VINCENZO, *Islam l'altra civiltà*², Mondadori, Milano, 2002, pp. 114 ss.; DAVID WAINES, *An introduction to Islam*², Cambridge University Press, Cambridge, 2003, pp. 32, 93 ss., 170 ss., 205, 237 s., 253 s., 286 s.; sui doveri della donna in quanto sposa, si vedano FATIMA NASEEF, *Droits et devoirs de la femme en Islam*², Tawhid, Jordan, 1997, pp. 169 ss.; e MUHAMMAD ALI AL HASHIMI, *The ideal muslimah*³, IIPH, Riyad, 2000, pp. 153 ss.; MUHAMMAD AL - JIBALI, *The fragile vessels*, Al - Kitaab & as - Sunnah Publishing, Arlington, 2000; Sul matrimonio temporaneo, *mut'a*, si vedano MURTADA MUTAHHARI, *I diritti della donna*, cit., pp. 156 ss.; ABU'L QASIM GOURJI, *Temporary marriage (mut'a) in islamic law*, Ansariyan Publications, Qom, 1991.

³ Corano, 2.187.

⁴ Corano, 2.228.

⁵ ABU DAUD e IBN HABBAN.

⁶ AL HAKIM.

se c'è qualcosa in lei che non gli piace⁷. Il Corano stesso si esprime in questi termini: «Comportatevi verso di loro convenientemente. Se provate avversione nei loro confronti può darsi che abbiate avversione per qualcosa in cui Allah ha posto un gran bene⁸».

Nel diritto islamico, l'uomo ha il diritto ad essere obbedito e la moglie non può ribellarsi alla sua autorità.

In caso di insubordinazione, egli dovrebbe ricorrere a parole gentili e alla persuasione; qualora ciò non bastasse, potrebbe dormire lontano dalla moglie e, infine, percuoterla leggermente con le mani, senza ricorrere a bastoni o altri arnesi che potrebbero danneggiarla o farle sentire dolore.

In realtà, è lecito picchiare una donna solo per salvaguardare un comportamento islamico e nel caso in cui l'uomo veda la donna deviare rispetto ai propri doveri o disubbidirgli. In tal caso, è preferibile limitarsi ad ammonirla e, quando è così possibile ottenere ciò che si vuole, è vietato ogni ricorso alla violenza, dal momento che questa genera odio, che è nemico dell'armonia che ci si aspetta in un matrimonio. Si ricorre alla forza solo quando si teme un peccato verso Allah⁹.

Se tutti questi approcci dovessero fallire, due individui di buona volontà e retto giudizio, uno dalla parte della donna e uno dalla parte dell'uomo, dovrebbero incontrarsi con la coppia per sanare la situazione e giungere ad una conciliazione.

Il Corano si esprime in tal senso: «Ammonite quelle di cui temete l'insubordinazione, lasciatele sole nei loro letti, battetele. Se poi vi obbediscono non fate più nulla contro di esse [...]. Se temete la separazione di una coppia, convocate un arbitro della famiglia di lui e uno della famiglia di lei. Se [i coniugi] vogliono riconciliarsi, Allah ristabilirà l'intesa tra loro¹⁰».

Nel caso in cui tutto ciò non serva alla continuazione del rapporto matrimoniale si può ricorrere, solo in caso di estrema necessità, al divorzio.

Ciò significa che il divorzio è ammissibile solo quando sia inevitabile, quando la convivenza sia diventata impossibile e divenga difficile per le parti osservare i limiti imposti da Dio: «In caso di separazione Allah, nella Sua generosità, darà a entrambi della sua abbondanza¹¹».

Il divorzio è dunque un atto lecito, ma scoraggiato al massimo, come risulta

⁷ MUSLIM.

⁸ Corano, 4.19.

⁹ *Fath al Bari*.

¹⁰ Corano, 4.34 s.

¹¹ Corano, 4.130.

da numerose tradizioni profetiche: il Messaggero di Dio disse: «Sposatevi e non divorziate: il trono divino trema a causa del divorzio¹²»; egli disse ancora: «In verità Dio, (sia glorificato e magnificato), detesta o maledice gli uomini e le donne che si sposano o divorziano solo per concupiscenza¹³». L'imam Sadiq disse: «In verità Dio (sia glorificato e magnificato) ama la casa in cui viene celebrato un matrimonio e odia quella in cui avviene un divorzio. Non esiste cosa più detestata da Dio (sia glorificato e magnificato) del divorzio¹⁴».

«Il divorzio è tra le cose lecite la più odiata da Allah¹⁵», ma allora perché non è stato proibito dalla legge islamica o limitato a casi specifici? Se l'istituto del divorzio fosse condizionale, esso comporterebbe necessariamente un aspetto giudiziario. Colui che intende divorziare dovrebbe presentarsi davanti a un giudice onde dimostrare la presenza delle condizioni prescritte. Nel caso in cui il giudice ritenesse le sue prove attendibili ed i suoi argomenti logici, all'uomo dovrebbe essere consentito di divorziare, in caso contrario no. Da ciò, però, sorge il dubbio circa la legittimazione di un giudice ad intervenire nella crisi matrimoniale, decidendo, a prescindere dalla volontà delle parti, se un matrimonio debba continuare o essere sciolto.

Bisogna chiedersi la ragione per cui l'Islam, pur riprovando il divorzio e ritenendolo detestabile, non lo interdice: quale logica vi è dietro l'affermazione che vuole il divorzio detestabile ma lecito? In che senso qualcosa di lecito può essere detestabile? Secondo Mutahhari¹⁶, nel divorzio, come nel matrimonio, la legge di natura ha prevalenza rispetto agli istituti giuridici del diritto consuetudinario: essa, pertanto deve essere rispettata tanto al sorgere della famiglia che durante il suo sviluppo e la sua eventuale fine.

Un contratto fondato sull'amore e sull'unione, non sulla comunanza di intenti, non può essere coercitivo. È possibile che la legge costringa due uomini a lavorare assieme o ad adempiere agli obblighi che in precedenza hanno assunto l'uno nei confronti dell'altro in modo tale che, anche nel caso in cui la stima reciproca sia venuta meno, essi si trovano a cooperare alla stessa iniziativa per molti anni. È invece impossibile comandare a due persone di amarsi a vicenda, di essere sinceri l'uno con l'altro e di considerare la propria felicità pari a quella del consorte mediante il ricorso alla legge.

L'assetto naturale del matrimonio, su cui si fonda la legislazione islamica,

¹² *Wasa'ilu-sb-sbi'ah*, 22.9.

¹³ *Al Kafi*, 6.54.

¹⁴ *Al Kafi*, 6.54.

¹⁵ ABU DAUD, 2178.

¹⁶ MURTADA MUTAHHARI, *I diritti della donna*, cit., pp. 195 ss.

è tale da imporre che, all'interno della famiglia, la donna sia amata e rispettata. Di conseguenza, nel caso in cui l'amore dell'uomo nei confronti della donna si sia affievolito, viene meno il fondamento dell'istituto matrimoniale. In tal modo una unità socio-naturale viene distrutta da una legge di natura. È pertanto evidente che nel caso in cui viene meno il fondamento naturale del matrimonio, la legislazione islamica, pur esprimendo il proprio biasimo al riguardo, non può considerarlo in vigore da un punto di vista giuridico. L'Islam tende a preservare l'unità familiare nel caso in cui la donna sia amata e rispettata e l'uomo seguiti a venire incontro alle sue esigenze¹⁷.

La legislazione islamica guarda con favore a tutti i fattori che trattengono dal divorziare, ma non consente di ricorrere alla coercizione giuridica allo scopo di impedire il divorzio.

L'Islam, comunque, non è l'unica religione ad ammettere il divorzio. Prima del suo avvento, a parte casi sporadici, il divorzio era ovunque ammesso. Era pratica diffusa, nelle società pre – islamiche, cacciare di casa la moglie anche senza validi motivi e la donna non poteva accampare alcun diritto sul marito.

Il divorzio incondizionato era previsto nell'antica Grecia e a Roma. Nel diritto giudaico è prevista la possibilità per il marito di ripudiare la moglie in caso di immoralità, pur rimanendo aperta la via del perdono e della riconciliazione¹⁸.

Solo nel Cristianesimo è vietato il divorzio ed il matrimonio con un soggetto divorziato. Nel Vangelo secondo Matteo si narra che Gesù abbia detto: «Chi ripudia la propria moglie le dia l'atto di ripudio, ma io vi dico: chiunque ripudia sua moglie, eccetto in caso di concubinato, la espone all'adulterio e chiunque sposa una ripudiata commette adulterio¹⁹».

Nel Vangelo di Marco si legge, invece: «[...] Sicché non sono più due ma una sola carne. L'uomo non separi dunque ciò che Dio ha congiunto. [...] Chi ripudia la propria moglie e ne sposa un'altra commette adulterio contro di lei; se la donna ripudia il marito e ne sposa un altro, commette adulterio²⁰».

La Chiesa cattolica non ammette in alcun caso il divorzio, pur essendo presente, nel Vangelo di Matteo, l'eccezione del concubinato, che renderebbe lecito il ripudio²¹, mentre le denominazioni protestanti lo ammettono

¹⁷ MURTADA MUTAHHARI, *I diritti della donna*, cit., p. 199.

¹⁸ YUSUF QARADAWI, *The lawful*, cit., p. 275.

¹⁹ Matteo, 5.31 s.

²⁰ Marco, 10.8, 11 s.

²¹ Matteo, 19.10.

in alcuni casi specifici, come il tradimento. Tuttavia, talune di queste denominazioni proibiscono le seconde nozze di un divorziato. Il Consiglio delle Chiese ortodosse egiziane permette il divorzio in caso di adulterio, sulla base della narrazione evangelica, e in altre ipotesi, come la sterilità per un periodo di tre anni, la malattia cronica, il prolungato dissenso che appaia insanabile²².

2. Talaq: il ripudio nella legislazione islamica

Il termine *talaq* deriva dal verbo *talaqa*, sciogliere, svincolare. Al ripudio è dedicata la sessantacinquesima *sura* del Corano:

«O Profeta, quando ripudiate le vostre donne, ripudiatele allo scadere del tempo prescritto e contate bene il termine. Temete Allah vostro Signore e non scacciatele dalle loro case, ed esse non se ne vadano, a meno che non abbiano commesso una provata indecenza. Ecco i termini di Allah. Chi oltrepassa i termini di Allah, danneggia se stesso. Tu non sai: forse in questo periodo Allah farà succedere qualcosa.

Quando poi siano giunte al loro termine, trattenetele convenientemente o separatevi da esse convenientemente. Richiedete la testimonianza di due dei vostri uomini retti, che testimonino davanti ad Allah. Ecco a che cosa è esortato chi crede in Allah e nell'Ultimo Giorno.

A chi teme Allah, Egli apre una via d'uscita,
e gli concede provvidenze da dove non ne attendeva [...].

Se avete qualche dubbio a proposito di quelle vostre donne che non sperano più nel mestruo, il loro termine sia di tre lunazioni. Lo stesso valga per quelle che non hanno ancora il mestruo. Quelle che sono incinte avranno per termine il parto stesso [...].

Fatele abitare dove voi stessi abitate, secondo i vostri mezzi.

Non tormentatele mettendole in ristrettezze. Se sono incinte, provvedete al loro mantenimento fino a che non abbiano partorito. Se allatteranno per voi, date loro un compenso e accordatevi tra voi convenientemente [...]».

Dalla *sura* citata emergono due istituti, quello del *talaq* e quello della *iddah* (periodo di attesa), di cui ci occuperemo in seguito.

Shabr – al – kabir ha individuato cinque ipotesi di ripudio²³:

²² YUSUF QARADAWI, *The lawful*, cit., p. 277.

²³ *Shabr – al – Kabir*, VIII, pp. 234 ss.

- *Wajib* (necessario), nel caso in cui venga meno il consenso delle parti a stare insieme;
- *Makruh* (disapprovato), quando non è necessario e c'è ancora speranza di riconciliazione;
- *Mubab* (permesso) quando ce ne sia bisogno, specialmente nel caso in cui la moglie mostri un brutto carattere;
- *Mandub* (favorito), quando la moglie non adempia i doveri imposte da Dio o non sia casta;
- *Mahzur* (tra il lecito e l'illecito), quando il divorzio è pronunciato durante il ciclo mestruale della moglie.

In *Mubgni al – Muhtaj* sono riportate le prime quattro categorie di ripudio, ma la quinta ipotesi viene considerata *haram* (proibita)²⁴, essendo un'innovazione (*talaq – al – biddi*). L'imam Nawawi ha menzionato solo quattro ipotesi di ripudio: *haram*, *wajib*, *makruh*, *mandub*; non esisterebbe dunque una categoria *mubab* di divorzio²⁵. Anche il famoso giurista malichita Al – Dardir concorda con questa interpretazione nel suo famoso commentario *Al – Mukhtasar di Khalil*²⁶.

Bisogna distinguere tra *talaq* (ripudio) e *fashk* (annullamento): entrambi portano alla rottura del vincolo matrimoniale. Il *fashk* è pronunciato da un *qadi* (giudice islamico) dopo un'attenta valutazione di un'istanza fatta dalla moglie.

Secondo la scuola hanafita, si parla di ripudio nei seguenti casi:

- Pronuncia del ripudio da parte del marito;
- *Ila* (solenne giuramento di astenersi dall'aver rapporti sessuali con la moglie);
- *Kbul* (divorzio su richiesta della donna);
- *Lian* (reciproche imprecazioni);
- Separazione a causa di un difetto sessuale del marito (*aib jinsi*);
- Separazione dovuta alla negazione dell'Islam da parte del marito (*iba*).

Sempre secondo la scuola hanafita, si è in presenza di *fashk* nelle seguenti ipotesi:

- Apostasia degli sposi;
- Vizio del contratto matrimoniale;
- Mancanza di compatibilità (*kafa'*) tra gli sposi.

²⁴ *Mubgni al – Muhtaj*, III, p. 307.

²⁵ AL NAWAWI, *Shabr ala Muslim*, X, p. 61.

²⁶ AL – DARDIR, *Shabr mukhtasar Khalil*, II, p. 423.

Si parla di *talaq*, secondo le scuole shafita e hanbalita nei seguenti casi.

- Pronuncia del ripudio da parte del marito;
- *Kbul*;
- Dichiarazione giudiziale nel caso in cui il marito si rifiuti di concedere alla moglie il divorzio in ipotesi di *ila*.

Sempre secondo la giurisprudenza shafita e hanbalita si avrebbe *faskh* nei seguenti casi:

- Difetto di uno degli sposi;
- Difficoltà del marito nel mantenere la sposa;
- *Li'an*;
- Apostasia di uno degli sposi;
- Rovina del matrimonio;
- Mancanza di *kafa'* degli sposi.

Per la scuola malichita si è in presenza di *talaq* nei seguenti casi:

- Pronuncia della parola *talaq* da parte del marito;
- *Kbul*;
- Difetto di uno degli sposi;
- Difficoltà del marito nel mantenere la moglie;
- Danno morale o fisico;
- *Ila*;
- Mancanza di *kafa'* tra gli sposi.

Si ha invece *faskh*, per la scuola malichita in caso di:

- *Li'an*;
- Vizio del matrimonio;
- Rinneamento dell'Islam da parte di uno degli sposi.

L'accordo matrimoniale può rompersi per il comportamento di una delle parti o nel caso in cui il marito sia imprigionato a vita, o sia assente e non dia notizie di sé. In questi casi si parla di *shiqaq* e la moglie ha diritto di chiedere il divorzio, ma qualora non lo facesse, il matrimonio permanerebbe.

Secondo alcuni, in caso di apostasia di uno dei coniugi il matrimonio dovrebbe essere giudizialmente annullato attraverso il divorzio, ma secondo altri giuristi islamici in questo caso il matrimonio si scioglierebbe *ipso facto*, senza bisogno di ricorrere al giudice e al divorzio. Se una coppia di non musulmani si convertisse all'Islam, il matrimonio perdurerebbe, ma se uno solo si convertisse, il matrimonio diverrebbe nullo senza bisogno di ricorrere al divorzio. Se il marito accettasse l'Islam, mentre la donna rimanesse ebrea o

cristiana, egli potrebbe tenerla come moglie, ma non nel caso in cui sia una politeista, a meno che non accetti anche lei immediatamente l'Islam.

Quando un rapporto si sia logorato al punto di giungere alla rottura, al marito non è permesso di lasciare la moglie in una condizione di incertezza, senza lasciarla né continuare a stare insieme a lei. Il Corano si esprime al riguardo dicendo che «Non potrete mai essere equi con le vostre mogli, anche se lo desiderate. Non seguite però la vostra inclinazione fino a lasciarla come in sospeso. Se poi vi riconcilierete e temerete [Allah] ebbene Allah è perdonatore, misericordioso²⁷».

Il ripudio può essere pronunciato oralmente o reso per iscritto. Doi²⁸ ritiene necessaria la presenza di due testimoni al momento del ripudio, ma di ciò non vi è traccia nelle fonti shafite e hanafite, pur essendo tale elemento espressamente richiesto nel Corano, come citato *supra* e richiesto dalla giurisprudenza malichita²⁹.

Elemento essenziale nel ripudio è l'intenzione di sciogliere il vincolo matrimoniale. Secondo la scuola hanafita, il ripudio è valido anche se pronunciato in stato di rabbia, incoscienza o intossicazione (ubriachezza)³⁰.

Sempre secondo la scuola hanafita, il ripudio è valido anche se pronunciato per scherzo o sotto minaccia, a differenza di quanto previsto dalla giurisprudenza shafita³¹. Per la giurisprudenza malichita il ripudio dato sotto l'influsso della violenza è rescindibile, ma quello pronunciato in stato di rabbia no, dato che la rabbia può diminuire la volontà, ma non escluderla³². Il ripudio pronunciato in stato di rabbia è valido solo per le scuole malichita e hanafita, non per quelle shafita e hanbalita. Se un uomo pronuncia il ripudio in modo da sentire la sua voce, esso è valido sia se reso in presenza di qualcuno sia se pronunciato senza che vi sia nessuno, sia che la moglie oda tale pronuncia o meno³³.

Nel caso in cui il ripudio sia pronunciato da una persona le cui facoltà mentali siano alterate per un'inescusabile intossicazione o per aver assunto dei farmaci che ne alterino lo stato mentale, per la giurisprudenza shafita e malichita il ripudio è valido. Quando, invece, si tratta d'intossicazione invo-

²⁷ Corano, 4.129.

²⁸ 'ABDUR RAHMAN I. DOI, *Shariah*, cit., p. 173.

²⁹ DAVID SANTILLANA, *Istituzioni*, I, cit., p. 261.

³⁰ ASHRAF ALI THANWI, *Babishti*, cit., p. 227.

³¹ AHMAD IBN NAQIB AL – MISRI, *Reliance*², cit., p. 557.

³² DAVID SANTILLANA, *Istituzioni*, I, cit., p. 258.

³³ ASHRAF ALI THANWI, *Babishti*, cit., p. 228.

lontana, il ripudio non produce alcun effetto³⁴.

Il ripudio può essere pronunciato solo dal marito, come emerge dal Corano, ed è valido quando le seguenti condizioni sono rispettate:

- Il marito deve essere sano (*aqil*)³⁵;
- Non deve essere un minore (*Baliqh*);
- Deve essere dotato di discernimento (*Mukhtar*).

Il ripudio è un diritto personale, che il marito deve esercitare personalmente o per mezzo di mandatario speciale. È controverso, nel diritto shafita se questo mandatario possa essere una donna. Il marito non può concederne l'esercizio ad altri né essere da altri sostituito. Egli può, tuttavia, conferire alla moglie il mandato di dar ripudio a se stessa: questo mandato può essere generale (facoltà data alla moglie di dar ripudio a se stessa quando a lei piacerà (*tabyir*), o speciale (facoltà di dar ripudio in certe circostanze (*tamlik*).

Se il ripudio è pronunciato da un bambino o da un malato di mente non è valido.

Per la scuola malichita, se il ripudio è pronunciato per scherzo, si presume valido a meno che le circostanze non provino il contrario³⁶.

Per la scuola shafita ci sono varie categorie di ripudio: *sunna* (secondo la tradizione profetica), frutto di innovazione vietata, né *sunna* né frutto di innovazione vietata.

Il ripudio *sunna* consiste nella sua pronuncia in un intervallo tra i cicli mestruali della donna, durante il quale non siano intercorsi rapporti sessuali tra i coniugi. Secondo la giurisprudenza hanafita si ha un ripudio *sunna* quando si pronunciano tre ripudi in tre separati intervalli di purità della donna (*tubr*), durante i quali non vi siano stati rapporti sessuali tra i coniugi. *Idem* per la scuola malichita³⁷

Si ha una forma di innovazione illecita se il ripudio è pronunciato quando la donna ha le mestruazioni o durante l'intervallo tra due cicli, quando però in tale intervallo vi siano stati rapporti sessuali tra moglie e marito. Non si ha innovazione illecita, in questi casi, quando trattasi di *kbul*³⁸ e non di *talaq*.

La pronuncia di tre ripudi in una volta sola è considerata un'innovazione illecita e chi divorzi in tal modo è ritenuto un peccatore.

³⁴ DAVID SANTILLANA, *Istituzioni*, I, cit., p. 258.

³⁵ Il ripudio del malato è ritenuto valido dalla giurisprudenza malichita: DAVID SANTILLANA, *Istituzioni*, I, cit., p. 256.

³⁶ DAVID SANTILLANA, *Istituzioni*, I, cit., p. 260.

³⁷ DAVID SANTILLANA, *Istituzioni*, I, cit., pp. 254 s.

³⁸ Dell'istituto del *kbul* ci occuperemo *infra*.

Ciò sulla base dell'affermazione coranica «Si può divorziare due volte. Dopo di che, trattenele convenientemente o rimandatele con bontà [...]»³⁹

Non si ha né *sunna* né innovazione vietata quando la donna non è ancora pubere, è in menopausa, incinta, o quando ancora non ci siano stati rapporti sessuali tra i coniugi.

Per la giurisprudenza hanafita si distingue tra *talaq – e – bayyn*, che si ha quando il matrimonio è definitivamente rescisso e non è possibile per la coppia vivere insieme senza celebrare un nuovo matrimonio; *talaq – e mughalliza*, nel qual caso la coppia non potrà tornare insieme se prima la donna non abbia sposato un altro uomo e divorziato da lui; *talaq – e – rajaie*, quando il matrimonio non è rescisso e il marito si pente dopo aver pronunciato uno o due ripudi, nel qual caso non occorre un nuovo matrimonio, e il marito può continuare a vivere con la moglie se decide di tornare a lei prima dello scadere della *iddab*⁴⁰.

Il ripudio non richiede formule solenni. Basta qualunque espressione che indichi nel marito la volontà di sciogliere il vincolo nuziale.

Le parole che danno luogo a un ripudio possono essere esplicite o allusive: nel primo caso il ripudio è valido a prescindere dall'intenzione, mentre nel secondo caso si ha ripudio solo se il marito intendeva appunto divorziare.

Un esempio di ripudio esplicito si ha quando il marito dice «io divorzio da te» o «tu sei divorziata». In questo caso il ripudio è valido a prescindere dall'intenzionalità delle parole. Per la giurisprudenza hanafita questo tipo di ripudio si chiama *sarih talaq* (ripudio definitivo).

Esempi di parole allusive sono «adesso sei da sola», «sei libera» etc. In questi casi il ripudio sarà valido solo se la pronuncia di tali frasi è avvenuta intenzionalmente allo scopo di divorziare. Nel *fiqh* (giurisprudenza) hanafita, in questo caso si parla di *talaq – e – kinaya*.

Doi distingue tra *talaq absan* e *talaq al – bidah*. Nella prima ipotesi, il marito pronuncia un unico ripudio, potendo così in seguito cambiare idea e ritornare con la moglie, prima dello scadere del termine della *iddab*; il ripudio è pronunciato quando la moglie è in stato di purità (è vietato pronunciare il ripudio quando la donna ha le mestruazioni); il marito si astiene dall'avere rapporti con la moglie per tre mesi (il periodo della *iddab*)⁴¹. Il ripudio non è infatti lecito in qualsiasi momento: la donna non deve avere mestruazioni al momento della pronuncia dello stesso, deve cioè trovarsi in stato di purità.

³⁹ Corano, 2. 229 s.

⁴⁰ ASHRAF ALI THANWI, *Babishti*, cit., pp. 224 s.

⁴¹ Della *iddab* ci occuperemo *infra*.

Per Qaradawi, la ragione del divieto di ripudiare una donna durante il suo ciclo mestruale risiede nell'eventualità che il marito, impossibilitato ad avere rapporti coniugali, pronunci il ripudio a causa della frustrazione sessuale. È altresì proibito il ripudio che avvenga in un periodo di purità durante il quale, però vi siano stati rapporti tra i coniugi, dato che la donna potrebbe essere incinta e ciò potrebbe far cambiare in seguito idea al marito⁴²

Durante questo periodo il matrimonio sussiste e il marito mantiene la sua autorità sulla moglie: in questo caso caso è possibile che il marito eserciti il suo diritto a tornare con la moglie (*rajah*): «E i loro sposi avranno priorità se, volendosi riconciliare, le riprenderanno durante questo periodo⁴³»

Si parla di *talaq al – bidah* quando il marito pronuncia in una sola volta tre ripudi, nel qual caso non si ha possibilità di pentimento, ma affinché la coppia possa tornare insieme occorre che la moglie sposi un altro uomo, divorzi da lui e si risposi con il primo marito. Per la scuola hanafita, se il secondo matrimonio è celebrato a condizione che il nuovo marito abbia un rapporto sessuale con la donna e poi divorzi, non è valido. A tale proposito, il Corano afferma: «Se divorziate da lei [per la terza volta] non sarà più lecita per lui finché non abbia sposato un altro. E se questi divorzia da lei, non ci sarà peccato per nessuno dei due se si riprendono [...]»⁴⁴.

Sia nel diritto malichita che in quello shafita dipende dall'intenzione del marito se ci si trovi di fronte a un unico, duplice o triplice ripudio.

Si distingue tra *talaq – e – raji* e *talaq – al – ba'in*, nel primo caso è possibile per il marito tornare dalla moglie, nel secondo caso, essendo pronunciati tre ripudi, il vincolo è definitivamente rescisso. Nel primo caso non sono richieste formule solenni perché il marito torni con la moglie: è sufficiente pronunciare una frase del tipo «ti riprendo indietro».

3. Il ripudio condizionale

Si parla di ripudio condizionale, quando l'avverarsi dello stesso dipende dal verificarsi di una circostanza: se il marito dice alla moglie che nel caso in cui lei faccia una determinata cosa o tenga un determinato comportamento sarà ripudiata due o tre volte, qualora si verifichi la condizione il ripudio diverrà efficace.

Al ripudio dato sotto condizione o a termine si applicano le regole generali

⁴² YUSUF QARADAWI, *The lawful*, cit., p. 281.

⁴³ Corano, 2.228.

⁴⁴ Corano, 2.230.

intorno alla condizioni generali circa la condizione e il termine. Il ripudio si considera quindi definitivo, per la giurisprudenza malichita, se:

- è subordinato al verificarsi di un fatto passato impossibile;
- è subordinato ad un fatto futuro certo o da cui è impossibile astenersi, o ad un termine certo;
- è subordinato ad un fatto che non può accertarsi sul momento o in modo assoluto;
- è subordinato ad un fatto futuro e incerto;
- è subordinato ad un fatto futuro illecito, quindi impossibile giuridicamente;

Invece il ripudio condizionato non ha effetto, sempre per la scuola malichita se:

- è subordinato a un fatto futuro impossibile o a un fatto inesistente;
- è subordinato alla volontà di un terzo di cui è impossibile conoscere la decisione;
- è subordinato a un termine troppo remoto perché i coniugi abbiano probabilità di giungervi;

Se il ripudio è sottoposto ad una duplice condizione, esso ha luogo solo se entrambe le condizioni si verificano.

La condizione cui è sottoposto il ripudio deve essere pronunciata espressamente così come il ripudio stesso deve essere esplicitato. Se il marito ripudia verbalmente la moglie, ma non dichiara la condizione cui è sottoposto il ripudio, questo avrà luogo a prescindere dal verificarsi della condizione.

Il ripudio parziale o frazionato vale ripudio completo per tutte le scuole.

4. *Ila*

Qualora un uomo giuri su Dio di non avere rapporti sessuali con la moglie, si parla di *ila*⁴⁵.

In tal caso, trascorsi quattro mesi senza che ci siano stati rapporti tra i due, il divorzio sarà efficace e la coppia non potrà riunirsi se non con un nuovo matrimonio. Per alcuni giuristi, il matrimonio si scioglierebbe automaticamente allo scadere dei quattro mesi, per altri occorrerebbe, invece, l'intervento del giudice⁴⁶.

⁴⁵ Sull'*ila* si vedano DAVID SANTILLANA, *Istituzioni*, I, cit., pp. 267 ss.; ASHRAF ALI THANWI, *Babibti*, cit., pp. 235 ss.; AHMAD IBN NAQIB AL MISRI, *Reliance*², cit., pp. 565 s.

⁴⁶ YUSUF QARADAWI, *The lawful*, cit., p. 291.

«Per coloro che giurano di astenersi dalle loro mogli è fissato un termine di quattro mesi⁴⁷».

Se invece l'uomo violi il giuramento prima dei quattro mesi e abbia rapporti sessuali con la moglie prima dello scadere dei quattro mesi, non ci sarà divorzio, ma il marito sarà tenuto alla pena prevista per avere rotto un giuramento (liberazione di uno schiavo, digiuno per sessanta giorni di seguito, o nutrimento di un povero a pranzo e a cena per sessanta giorni).

Non si parla di *ila* quando il giuramento è fatto per meno di quattro mesi.

Se l'uomo giura di non avere mai più rapporti sessuali con la moglie e non rompe il giuramento, dopo quattro mesi il divorzio sarà efficace. Qualora poi risposi la stessa donna, ma continui a non avere rapporti con lei per altri quattro mesi, si avrà un secondo divorzio. Se i due si risposassero per la terza volta e ancora il marito si astenesse dal congiungersi con la moglie, si avrebbe un divorzio definitivo, ma se la moglie sposasse un altro uomo, divorziasse e tornasse con il primo marito, quand'anche questi continui a prestar fede al suo giuramento, non ci sarebbe divorzio, ma egli sarebbe tenuto alla pena prevista per la rottura di un giuramento se avesse rapporti con la moglie.

Se un uomo divorzia dalla moglie e solo in seguito giura di non avere rapporti sessuali con lei, non si può parlare di *ila*.

Qualora il marito non faccia un giuramento ma dica alla moglie che nel caso in cui vi fosse un rapporto sessuale tra i due, ciò rappresenterebbe un divorzio per lei, si tratterebbe di *ila* e in caso di rapporto sessuale si verificherebbe un *talaq – e – raji*. Se l'uomo invece si astenesse dai rapporti sessuali, dopo quattro mesi avrebbe luogo un divorzio definitivo.

Per gli shafiti, giurare di non avere rapporti con la propria moglie per più di quattro mesi è illecito⁴⁸.

Secondo i malichiti la *ila* può essere espressa o tacita e risultare dal fatto di astenersi dai rapporti coniugali per più di quattro mesi, senza giusto impedimento da parte del marito (malattia, prigionia etc.) Secondo gli shafiti l'impedimento della moglie per malattia, prigionia etc. interrompe il termine dell'*ila*.

Per i malichiti il giuramento di astinenza richiede la volontà di sciogliere il vincolo nuziale. Quindi non produce ripudio:

- se è ristretto ad un tempo limitato (due mesi o quattro al massimo), poiché in questo caso si presume che abbia natura religiosa;

⁴⁷ Corano, 2.226.

⁴⁸ AHMAD IBN NAQIB AL – MISRI, *Reliance*, cit., p. 566.

- se è diretto ad una moglie che allatta, poiché si presume fatto per riguardo alla salute del bambino;
- se proferito da un malato, poiché si presume fatto per ragioni di salute⁴⁹;
- se è diretto ad una moglie impubere o emesso da un vecchio decrepito, da un impotente, o da un eunuco.

Quando il giuramento è fatto senza determinazione di tempo o per un periodo superiore ai quattro mesi, la moglie ha facoltà, dopo quattro mesi dal giuramento di chiedere al *qadi* che il marito sia costretto o a dar ripudio oppure a reintegrare i rapporti coniugali. Il *qadi* assegna al marito un termine di quattro mesi a decorrere dal giorno del giuramento, in caso di giuramento semplice o dal giorno del decreto del giudice se il giuramento è condizionale⁵⁰.

5. *Khul*

Il termine *khul* deriva da *khul – al – thaub*, togliersi un abito, dato che il Corano definisce gli sposi una veste l'uno per l'altra. Nella legislazione islamica esso indica il divorzio ottenuto dalla donna o da qualcuno in suo nome in cambio di un riscatto⁵¹.

Così come la *shariah* ha previsto il diritto dell'uomo di ripudiare la moglie, anche la donna può chiedere il divorzio quando ve ne sia necessità data l'impossibilità di continuare la vita familiare, ad esempio a causa dei maltrattamenti del marito. Mentre, però, l'uomo può in qualsiasi circostanza ripudiare la moglie, questa è tenuta a ricorrere a un *qadi* per ottenere il divorzio, subordinatamente al consenso del marito. Così si esprime il Corano al riguardo: «Se temete di non poter osservare i limiti di Allah, allora non ci sarà colpa se la donna si riscatti⁵²».

I giuristi malichiti definiscono il *khul* come *al – talaq bil'iwad* (divorzio dando qualcosa in cambio). I giuristi hanafiti parlano di fine del matrimonio

⁴⁹ L'ila del malato è valido per gli shafiti.

⁵⁰ DAVID SANTILLANA, *Istituzioni*, I, cit., pp. 267 s.

⁵¹ Sul *khul* si vedano DAVID SANTILLANA, *Istituzioni*, I, cit., pp. 271 ss.; ASHRAF ALI THANWI, *Bahishti*, cit., pp. 237 ss.; Ahmad ibn Naqib Al Misri, *Reliance*, cit., pp. 562 s.; 'ABDUR RAHMAN I. DOI, *Shariah* cit., 192 ss.; YUSUF QARADAWI, *The lawful*, cit., pp. 288 s.

⁵² Corano, 2.229.

consensuale sia che si pronuncii la parola *khul* sia che si adoperi un'altra formula. Per i giuristi shafiti occorre la pronuncia della parola *khul* e il divorzio può avvenire sulla base di un accordo tra le parti o di una pronuncia giudiziale, sulla base del pagamento da parte della moglie di una somma al marito che non ecceda i limiti del *mahr*.

Il *khul* trova fondamento nelle parole del Corano: «Se una donna teme la disaffezione del marito o la sua avversione, non ci sarà colpa alcuna se si accorderanno tra loro. L'accordo è la soluzione migliore⁵³».

Tutti i giuristi concordano sulla legittimità del *khul*. Per l'imam Malik se il marito costringe la moglie a procedere al *khul*, questa avrà diritto a riavere la dote, ma la separazione sarà efficace.

Il *khul* può essere richiesto solo in circostanze estreme: il profeta Muhammad disse: «Se una donna chiede il divorzio dal marito senza una ragione specifica, non odorerà la fragranza del paradiso⁵⁴».

Il *khul* è *makruh* (detestabile) a meno che non si tema di non riuscire ad osservare i limiti di Allah senza che intervenga la separazione. Il divorzio può essere concesso dal giudice nei seguenti casi:

- maltrattamenti abituali della moglie;
- inadempimento dei termini del contratto matrimoniale;
- malattia mentale del marito;
- incurabile incapacità del marito;
- abbandono del tetto coniugale senza provvedere alla moglie;
- ogni altro caso in cui un *qadi* ritenga di giustificare un divorzio.

Per quanto riguarda la possibilità di procedere al *khul* durante il ciclo mestruale della donna, vi sono opinioni discordi: per un noto giurista malichita⁵⁵, se la donna vuole divorziare in cambio del pagamento, è un suo diritto farlo anche se ha le mestruazioni. I giuristi hanafiti lo considerano *makruh*, mentre i giuristi hanbaliti lo considerano legittimo.

L'unica differenza tra *khul* e *talaq* sta nel fatto che quest'ultimo è pronunciato dall'uomo senza che venga richiesta alcuna forma di pagamento alla moglie. Di solito si ricorre al *khul* quando il marito non vuole divorziare e la moglie lo persuade promettendogli una somma di denaro.

Il *khul* non può essere efficace senza il consenso del marito. Non è valido il *khul* di un bambino o di un malato di mente.

Come sottolineato dalla giurisprudenza malichita, il *khul* implica sempre

⁵³ Corano, 4.128.

⁵⁴ AL – SHAUKANI, *Fath al – Qadir*, 1.2141.

⁵⁵ AL – KHARASHI, *Sharh al – Kharashi*, 3.169.

per la moglie un'alienazione di patrimonio, e quindi richiede nella donna la capacità di obbligarsi.

Pertanto non può concludere il *khul*:

- La donna insolvente;
- La donna inabilitata per prodigalità;
- La fanciulla impubere non assistita dal padre o dal tutore e, allo stesso modo, la fanciulla pubere se il matrimonio non è stato consumato⁵⁶.

Se tale convenzione avviene prima della consumazione del matrimonio, per la giurisprudenza malichita si chiama *mubara'ab* (reciproca liberazione): la *mubara'ab*, dice Malik, avviene quando prima della consumazione del matrimonio, la moglie dica al marito «prendi ciò che mi hai dato e lasciami⁵⁷».

Quindi, se moglie e marito non possono continuare a convivere e il marito si rifiuta di divorziare, la moglie gli può concedere una certa somma per liberarla, o può rinunciare alla dote (*mahr*) che le è dovuta. In tal caso, per la giurisprudenza hanafita la donna dovrebbe dire di rinunciare alla dote e il marito può lasciarla. Se il marito la lascia, si ha un divorzio definitivo. Ma se il marito non risponde alla proposta contestualmente alla stessa, non si ha *khul*: questo presuppone la contemporaneità della proposta e dell'accettazione. Se il marito afferma di liberare la moglie, e questa accetta, si ha *khul*, ma se la donna non risponde, non accetta o se ne va, non si ha *khul*. Se la donna resta in silenzio e l'uomo afferma di averla lasciata e la donna in seguito si mostra d'accordo, si ha *khul*.

Se il marito afferma di aver lasciato la moglie senza far riferimento ad alcun pagamento, nulla è dovuto. Se la dote non è stata ancora versata, non è più dovuta, altrimenti non è necessario restituirla.

Se la donna chiede il divorzio dietro il pagamento di una certa somma, non si ha *khul*, ma *talaq* e la donna avrà diritto alla sua dote e l'uomo al pagamento della somma promessa.

Se il marito afferma di divorziare dalla donna per una certa somma, questa può accettare e pagare, nel qual caso si ha *talaq*, o non accettare. L'accettazione deve essere contestuale alla proposta.

Il *khul* di una donna afflitta da una malattia mortale è valido, e se la donna muore durante la *iddah*, secondo la scuola hanafita il marito riceverà quanto risulta essere il meno tra le seguenti cose: o l'ammontare stabilito per il perfezionamento del *khul*, o un terzo delle proprietà della donna dopo che

⁵⁶ DAVID SANTILLANA, *Istituzioni*, I, p. 273.

⁵⁷ DAVID SANTILLANA, *Istituzioni*, I, p. 272.

siano stati pagati i debiti o la sua quota ereditaria. Invece, per la giurisprudenza malichita, la donna malata è incapace di divorziare mediante *kbul*, in quanto questo offrirebbe un mezzo per eludere la legge successoria, potendo la donna offrire al marito una somma maggiore di quella gli spetterebbe in via ereditaria⁵⁸.

Per la giurisprudenza hanbalita il *kbul* negoziato da altri che la donna è nullo, mentre per le scuole malikita, hanafita e shafita esso è valido. Nel *Muhalla* si dice che il *kbul* negoziato dal padre della donna è nullo⁵⁹. Allo stesso modo non è permesso il *kbul* in favore di una malata di mente o di una minorenni, sia che sia effettuato dal padre che da chiunque altro. Per la scuola shafita non vi è differenza se il *khul* è posto in essere dal padre, dal tutore o da un estraneo. Per la scuola hanafita il padre della donna o un estraneo possono porre in essere il *kbul* per lei solo con il suo consenso. Per la giurisprudenza malikita il *kbul* di una minorenni o di una donna malata di mente è illegittimo. Se il padre lo pone in essere in favore della figlia minore o malata di mente esso sarà valido, sia che venga ottenuto cedendo parte delle proprietà del padre, sia della figlia, con o senza il suo consenso. Per la scuola hanafita il *kbul* di una minorenni o di una malata di mente è nullo.

6. *Zihar*

Zihar significa pronunciare delle parole che hanno l'effetto di un divorzio. Si tratta di una forma di ripudio rimasta nell'Islam come ricordo dell'Arabia antica⁶⁰.

In epoca preislamica, quando un uomo diceva a sua moglie «tu sei per me come la schiena (*zabr*) di mia madre», ciò valeva come ripudio irrevocabile, perché significava che egli s'interdiceva ogni rapporto sessuale con la donna. Il Corano non ha abolito questa forma di ripudio: «Quanti fra voi che ripudino le loro mogli dicendo: "Sii per me come la schiena di mia madre" [sappiano che] esse non sono affatto le loro madri [...]. Coloro che paragonano le loro mogli alla schiena delle loro madri e poi si pentono di quello che hanno detto, liberino uno schiavo prima di riprendere i rapporti coniugali [...]. E colui che non ne abbia i mezzi digiuni [allora] per due mesi consecutivi prima

⁵⁸ DAVID SANTILLANA, *Istituzioni*, I, cit., p. 273.

⁵⁹ *Hurriyah al-Zawajan*, 2.557.

⁶⁰ Sul *Zihar* si vedano DAVID SANTILLANA, *Istituzioni*, I, cit., pp. 269 ss.; ASHRAF ALI THANWI, *Bahishti*, cit., pp. 240 ss.; 'ABDUR RAHMAN I. DOI, *Shariah*, cit., pp. 184 ss.

di riprendere i rapporti coniugali. E chi non ne abbia la possibilità nutra sessanta poveri⁶¹».

Per essere valido, il *zihar* deve essere pronunciato da un marito pubere, sano di mente e abile all'atto sessuale.

Si può pronunciare il *zihar* anche verso una moglie già ripudiata con divorzio revocabile, ma non se siano intervenuti i tre divorzi che rendono la separazione definitiva.

Il *zihar* può essere pronunciato in modo esplicito o indiretto, nel qual caso la portata delle espressioni adoperate dipende dall'intenzione del marito.

Se il marito afferma che la moglie è uguale a sua madre, bisogna vedere che cosa intende con tale affermazione. Se la comparazione riguarda l'età o la rispettabilità, *nulla quaestio*. *Idem* nel caso in cui l'uomo abbia pronunciato tale frase senza uno scopo preciso. Se però dicendo ciò, egli intendeva divorziare, si avrà, per la scuola hanafita, un divorzio definitivo, mentre per la scuola malikita si ha un divorzio revocabile. Se considerava la donna ancora sua moglie, ma intendeva rendere illecito ogni rapporto intimo con la stessa, dovrà continuare a mantenerla. In questo caso si parla di *Zihar*.

Il marito non potrà più avere rapporti sessuali con la moglie, né baciarla, né abbracciarla a meno di sottostare alla pena prevista per la rottura di un giuramento. Nel caso in cui egli rompa il giuramento e non espia la pena prevista commetterà un peccato grave.

La stessa regola si applica nel caso in cui il marito abbia paragonato la moglie a sua figlia o a sua sorella.

Se durante il *zihar* il marito si astiene dai rapporti coniugali e non espia dunque la pena per la rottura del giuramento, non si ha né divorzio né *ila*.

Non è vietato guardare la moglie o parlare con lei durante il *zihar*, ma è proibito guardare le sue parti intime.

Se il *zihar* è inteso per un periodo determinato e il marito si astiene dai rapporti coniugali per questo periodo, ma li riprende in seguito, non è prevista alcuna punizione.

Un minore o un malato di mente non possono pronunciare il *zihar*.

Se l'uomo, nell'affermare che la moglie è come sua madre, intendeva divorziare, si avrà un divorzio definitivo; se intendeva *zihar*, allora potrà avere rapporti con lei solo sottostando alla pena prevista.

La moglie, secondo la giurisprudenza malichita può rivolgersi a un *qadi*, che assegna al marito un termine compreso tra i due e i quattro mesi. Spirato il termine, senza che il marito abbia revocato il *zihar*, il *qadi* dichiara sciolto il matrimonio, ad

⁶¹ Corano, 58. 2 ss.

istanza della moglie, la quale dovrà provare l'esistenza di un matrimonio valido tra lei e il marito, il *zihar*, e il rifiuto del marito di reintegrare i rapporti coniugali.

7. *Li'an*

Il *li'an* non è propriamente una forma di ripudio, poiché ha per scopo principale d'impedire che al marito sia attribuita una prole non sua. La risoluzione del matrimonio ne è bensì la conseguenza necessaria, ma subordinata⁶².

Se il marito accusa la moglie di adulterio o afferma che un bambino nato non è suo figlio e la moglie neghi tali accuse, questa si rivolgerà a un *qadi*: il marito dovrà giurare per quattro volte, chiamando Dio a testimone, che la moglie ha commesso adulterio, ha fornicato o semplicemente che non è il padre del bambino e la quinta volta dovrà invocare la maledizione di Allah in caso abbia detto il falso. Quindi la moglie dovrà a sua volta giurare quattro volte che le affermazioni del marito sono false e la quinta volta dovrà invocare la maledizione di Allah, nel caso abbia mentito. Il giudice a questo punto ordinerà la separazione dei coniugi e affiderà il bambino alla madre.

Se il marito si rifiuta di prestare il giuramento, viene trattenuto in carcere finché si decida a prestarlo; se la moglie si rifiuta allo stesso modo, incorre nella pena prevista per l'adulterio.

Il giuramento, per i giuristi malichiti deve essere prestato nella moschea principale del luogo, preferibilmente nell'ora della preghiera pomeridiana, in cui è maggiore il concorso dei fedeli. La donna che non è mussulmana, presta il giuramento nel tempio consacrato al culto cui appartiene.

Per procedere al *li'an* il marito deve essere mussulmano, pubere e sano di mente, nonché unito legittimamente in matrimonio con la donna.

Il *li'an* è un modo di esimersi dalla presunzione di paternità; il marito non ha necessità di ricorrervi quando la paternità è esclusa *ipso iure*, per esempio, se il parto avviene prima di sei mesi dalla celebrazione del matrimonio.

8. *Risoluzione per vizio redibitorio*

Ciascuno dei coniugi può chiedere la risoluzione del contratto matrimoniale quando risulta che l'altro è affetto da malattia tale che renda pericolosa

⁶² Sul *li'an*, si vedano DAVID SANTILLANA, *Istituzioni*, I, cit., pp. 276 ss.; ASHRAF ALI THANWI, *Bahishti*, cit., p. 243; AHMAD IBN NAQIB AL MISRI, *Reliance*², cit., pp. 574 s.

la convivenza, o da un difetto per cui si rendano impossibili o molto difficili i rapporti coniugali. Pertanto, il marito avrà diritto alla rescissione quando la moglie presenta certe imperfezioni o malattie degli organi genitali, e la moglie l'avrà a sua volta quando il marito è impotente, evirato etc. Il coniuge non può chiedere la rescissione del vincolo, se era a conoscenza del vizio prima del matrimonio o se, sposatosi e scoperto il vizio, lo abbia accettato. I vizi della moglie legittimano la richiesta di rescissione solo se anteriori al matrimonio; quelli del marito anche se posteriori. La differenza sta nel fatto che il marito può sempre rompere il vincolo matrimoniale ricorrendo al *talaq*, a mentre la moglie non potrebbe altrimenti liberarsi dal vincolo.

La rescissione avviene per sentenza di un *qadi*, una volta provata l'esistenza dei vizi in questione: se il vizio o la malattia è incurabile, il giudice rescinde immediatamente il matrimonio; se vi è possibilità di cura, il giudice assegna al coniuge infermo un anno per la cura. Durante questo periodo è vietato ogni rapporto tra i coniugi ed è escluso il mantenimento della moglie. Negli altri casi il termine varia a discrezione del giudice.

In caso di impotenza anteriore al matrimonio, il giudice concede un anno al marito per curarsi: il marito può riprendere *ad nutum* i rapporti con la moglie e se dichiara sotto giuramento di avere adempiuto al suo dovere coniugale, la sua affermazione fa fede e non si ha rescissione. Trascorso invece un anno senza che i rapporti siano ripresi, il giudice dichiara sciolto il matrimonio.

9. *Risoluzione per inadempienza*

Come ogni altro contratto, il matrimonio può essere sciolto per inadempienza.

Sono casi di inadempienza il mancato versamento della dote da parte del marito, il mancato mantenimento della moglie, il mancato rispetto di una clausola espressa del contratto matrimoniale.

Anche in questo caso lo scioglimento del vincolo viene pronunciato da un *qadi*, e la sentenza diviene definitiva allo scadere della *iddah*.

10. *Risoluzione ex officio iudicis*

Il contratto matrimoniale viene rescisso *ex officio* nei seguenti casi:

- Quando, prima della consumazione, insorge tra i coniugi una contestazione circa l'ammontare della dote: in questo caso si procede al giuramento di entrambe le parti, e se le dichiarazioni sono inconciliabili o le

- parti si rifiutano di giurare, il matrimonio viene sciolto;
- Quando il marito abusa della sua autorità maritale: se la moglie lamenta maltrattamenti o sevizie da parte del marito, nei casi in cui la querela è provata, il giudice si limita ad ammonire severamente il marito o ad infliggere una pena correzionale. Nei casi più gravi, il *qadi* affida la donna a persone di sua fiducia e scioglie senz'altro il vincolo. Se la brutalità del marito è tale da far temere ritorsioni, il giudice pronuncia un triplice divorzio, di modo che il marito non possa revocarlo.
- Quando il carattere della moglie o del marito impediscano la convivenza.

Il giudice, in questo caso deve affidare il caso a due arbitri, come previsto nel Corano, che provvederanno al tentativo di conciliazione. Se la colpa è della moglie, non si ha risoluzione del contratto, ma si dà facoltà al marito di procedere alle punizioni previste nel Corano. Se la colpa è del marito, si ha risoluzione del contratto e gli arbitri decidono circa le reciproche indennità dovute dai coniugi. Il giudice deve sempre omologare la decisione degli arbitri. In tutti i casi di matrimonio sciolto *ex officio*, si ha un divorzio definitivo, non revocabile dal marito.

11. *Iddah*

Il termine *iddah* deriva dall'arabo *al - 'adad* (numero) e indica il periodo che una donna deve attendere prima di potersi risposare in caso di divorzio o vedovanza.

Nel presente studio ci si limiterà a discutere della *iddah* prevista in caso di divorzio.

Il Corano afferma che: «Le donne divorziate osservino un ritiro della durata di tre cicli, e non è loro permesso di nascondere quello che Allah ha creato nei loro ventri [...]. E i loro sposi avranno priorità se, volendosi riconciliare, le riprenderanno durante questo periodo⁶³».

La *shariah* enfatizza la riconciliazione come migliore soluzione per una coppia piuttosto che il divorzio, per questo il Corano ha previsto un periodo di attesa dopo la pronuncia del divorzio affinché i coniugi possano avere il tempo di ripensare alla loro decisione ed eventualmente tornare sui propri passi per il bene della famiglia. Naturalmente ciò non è più possibile quando siano stati pronunciati tre divorzi.

⁶³ Corano, 2.228.

Inoltre la *iddah* serve a stabilire se la donna sia incinta del marito, di modo che non vi sia confusione sulla paternità del bambino qualora la donna intenda risposarsi.

La durata della *iddah* è prevista nel Corano: per le donne fertili tre cicli mestruali, per quelle in menopausa tre mesi: «Se avete qualche dubbio a proposito di quelle delle vostre donne che non sperano più nel mestruo, il loro termine sia di tre lunazioni. Lo stesso valga per quelle che non hanno ancora il mestruo. Quelle che sono incinte avranno per termine il parto stesso⁶⁴».

Per i giuristi hanafiti la *iddah* si conclude al terzo ciclo mestruale della donna, per gli shafiti al terzo periodo di purità tra i cicli mestruali.

In caso di *kbul*, la *iddah* ha la durata di un ciclo mestruale della donna

La *iddah* non è prevista qualora il matrimonio non sia stato consumato: «O credenti! Quando sposate le credenti e poi divorziate da esse senza averle toccate, non saranno obbligate a rispettare un periodo d'attesa⁶⁵». Per la scuola hanafita, però, la *iddah* è prevista anche quando, pur non essendoci stati rapporti sessuali, i coniugi siano rimasti insieme da soli, di modo che tali rapporti avrebbero potuto aver luogo. Al contrario, gli shafiti non ritengono necessaria la *iddah* quando i coniugi siano rimasti da soli senza avere rapporti coniugali.

I giuristi hanno opinioni differenti circa la possibilità per la donna di uscire di casa durante la *iddah*. Per i giuristi hanafiti, la donna, durante tale periodo, non può uscire di casa né di giorno né di notte. Durante la *iddah* la donna ha diritto ad essere mantenuta dal marito e quindi non è lecito per lei lasciare la casa del marito come se fosse ancora sua moglie. Per i giuristi hanbaliti la donna può uscire di giorno ma non di notte. Il divieto di uscire la notte senza ragione ha natura precauzionale, mentre di giorno la donna può uscire e attendere ai propri doveri.

La donna non può risposarsi durante il periodo della *iddah* e nel caso di *talaq - e - rajaie* il marito può cambiare idea e riprendersi la moglie. Allo scadere della *iddah* il divorzio diviene definitivo e se la coppia vuole tornare insieme occorre un nuovo matrimonio

Per l'imam Abu Hanifa la donna, durante la *iddah* ha diritto al mantenimento e a un luogo dove trascorrere il ritiro sia che il divorzio sia irrevocabile sia nel caso di *talaq - e - rajaie*, ma in quel caso dovrà trascorrere il periodo di attesa nella casa del marito. Il mantenimento è considerato alla stregua di un debito insorto al momento del divorzio. L'imam Malik e l'imam Shafi

⁶⁴ Corano, 65.4.

⁶⁵ Corano, 33.49.

sostengono che la donna non ha diritto al mantenimento a meno che non sia incinta. Ahmad bin Hanbal, invece, nega sia il diritto al mantenimento sia quello ad un luogo dove trascorrere la *iddab*.

Sempre a proposito della *iddab*, il Corano afferma: «O Profeta, quando ripudiate le vostre donne, ripudiatele allo scadere del termine prescritto e contate bene il termine».

La donna divorziata deve quindi risiedere nell'abitazione del marito, e questi non può allontanarla. Anche se il divorzio non è avvenuto nella casa coniugale, questa è tenuta a farvi ritorno per trascorrervi la *iddab*: « [...] non scacciatele dalle loro case, ed esse non se ne vadano, a meno che non abbiano commesso una provata indecenza⁶⁶».

12. *La custodia dei figli*

Altra conseguenza dello scioglimento del vincolo matrimoniale è l'affidamento dei figli a uno dei genitori: le scuole sunnite concordano nell'affidare i figli alla madre, in caso di divorzio, anche qualora non sia musulmana.

Per gli hanafiti tale affidamento dura sette anni per i maschi e nove per le femmine, dopo di che i figli possono decidere presso chi risiedere. Per gli hanbaliti il termine è di sette anni per ambo i sessi; per i malichiti il termine coincide con la pubertà per il maschio e il matrimonio per la femmina. Per gli shafiti non vi è un limite preciso e i figli rimangono presso la madre fino a quando non sono capaci di scegliere liberamente.

Tutte le scuole sunnite concordano nel ritenere che la madre possa perdere l'affidamento qualora si risposi con un terzo privo di alcun legame con la famiglia del primo marito, nel qual caso la custodia passa alla nonna materna e, successivamente ad altri parenti, solitamente di sesso femminile⁶⁷.

Per gli shafiti e gli hanbaliti, la donna ha diritto ad un rimborso per le spese connesse all'affidamento e per la custodia stessa, da prelevarsi dal patrimonio del bambino o, subordinatamente, da quello del padre. Per i malichiti, invece, la custodia non è soggetta a rimborso.

⁶⁶ Corano, 65.1.

⁶⁷ AHMAD 'ABD AL - WALIYY VINCENZO, *Islam*, cit., pp. 124 s.

13. *Brevi cenni al ripudio e al divorzio in diritto romano*

L'istituto in esame⁶⁸ è strettamente collegato, a Roma, alla concezione del matrimonio, che riposava sulla volontà effettiva e continua dei coniugi, fra i quali esistesse il *conubium*, di essere durevolmente uniti in matrimonio.

La semplice cessazione di tale volontà, anche da parte di uno solo dei coniugi, scioglieva *ipso iure* il vincolo matrimoniale. Il diritto classico non prevede alcuna forma speciale di divorzio.

I giuristi parlano, in tal caso, indifferentemente di *divortium* o *repudium*; alcuni, però opinano che il primo termine indichi la cessazione della volontà, cioè lo scioglimento del vincolo; l'altro la denuncia dell'intenzione di essere marito e moglie. Un passo delle *Declamationes* attribuite a Quintiliano⁶⁹ dice che *matrimonium duobus generibus solvitur, aut repudio aut morte alterius*. Festo chiama *repudium* lo scioglimento del matrimonio. Un passo ulpiano (D. 40.9.14.2) chiama ripudio il fatto del marito che caccia la moglie e divorzio quello della donna che se ne va. Tale ultimo brano ricorda vagamente la differenza terminologica tra *talaq* e *khul* esistente nel diritto islamico. Valore più generale hanno due altri passi dei *Digesta*, dove la parola *divortium* trova due spiegazioni etimologiche: la prima, (D. 24.2.2) è *che divortium vel a diversitate mentium dictum est, vel quia in diversas partes eunt qui distrabunt matrimonium*. L'altra (D. 4.16.19) afferma che *divortium ex eo dictum est, quod in diversas partes eunt qui discedunt*. Nelle costituzioni del Basso Impero, infine, *repudium* è usato per indicare il divorzio unilaterale, *divortium* quello bilaterale.

Riesce arduo accettare oppure respingere l'affermazione di coloro i quali, vantando l'antica austerità dei costumi del popolo romano, hanno detto che questo si è per più di quattro secoli tenuto lontano dal divorzio⁷⁰.

Non si sa a tutt'ora quanto il tema trattato abbia interessato il legislatore

⁶⁸ Sull'argomento, si vedano GIUSEPPE BRINI, *Matrimonio e divorzio nel diritto romano*, Zanichelli, Bologna, 1886 – 1889; PIETRO BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I: *diritto di famiglia*, A. Sampaolesi, Roma 1925 pp. 240 ss.; SIRO SOLAZZI, *In tema di divorzio*, in *BIDR.*, n. 34, 1925, pp. 1 ss.; Id., *Studi sul divorzio*, in *BIDR.*, n. 34, 1925, pp. 295 ss.; PERCY ELWOOD CORBETT, *The roman law of marriage*, Clarendon Press, Oxford, 1930, pp. 218 ss.; ANTONIO MARONGIU, s. v. «divorzio (storia)», in *ED.*, XIII, Giuffrè, Milano, 1964, pp. 482 ss.; EDOARDO VOLTERRA, s. v. «divorzio», in *NNDI.*, VI, Unione tipografica – editrice torinese, Torino, 1981, p. 62 ss.; ALBERTO BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*³, UTET, Torino, 1987, pp. 243 ss.; ANTONIO GUARINO, *Diritto privato romano*¹⁰, Jovene, Napoli, 1994, pp. 261, 548; PASQUALE VOGLI, *Istituzioni di diritto romano*⁶, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 527 ss.

⁶⁹ QUINTILIANO, *Declamationes minores*, 347.

⁷⁰ JÉRÔME CARCOPINO, *La vie quotidienne à Rome à l'apogée de l'Empire*, s. e., Paris, 1939, p. 118.

romano, ma la testimonianza di Svetonio ci induce a sostenere che se ne sia occupato Augusto, con una legge di cui, però, ignoriamo gli estremi, ritenendo alcuni (Rotondi, Carcopino) trattarsi della *lex Iulia de maritandis ordinibus*, altri (Volterra) della *lex Iulia de adulteriis*. Secondo Volterra⁷¹, la norma, ricostruita in D. 48.5.44 [43]: *onde nullum divortium ratum est; nisi septem civibus romanis pueribus adhibitis praeter libertum eius, quae divortium facit*, sarebbe stata voluta solo come condizione necessaria e sufficiente ad escludere il delitto di adulterio della donna coniugata⁷². Anche Gaio e Giuliano (D. 48.5.44 [43]) escludevano le conseguenze penali di tale relazione e l'eventuale accusa di lenocinio al marito, solo qualora la donna avesse divorziato o fosse stata ripudiata secondo le debite forme, essendo invece sufficiente a sciogliere il matrimonio, a tutti gli altri effetti, la cessazione della comune volontà degli sposi di essere marito e moglie.

Con la diffusione del Cristianesimo e la progressiva cristianizzazione dell'Impero, si afferma l'idea della perpetuità del vincolo matrimoniale: ciò nonostante, il divorzio non viene abolito, ma vengono posti limiti sempre più incisivi al suo esercizio. Ad essere preso di mira fu soprattutto il divorzio unilaterale, mentre minori furono gli interventi relativi al divorzio bilaterale⁷³.

Un primo colpo alla libertà di scioglimento del matrimonio è dato da una costituzione di Costantino del 331 (CTh. 3.16): l'imperatore afferma che il divorzio non è lecito se esso non sia giustificato da motivi gravi e precisi. Non sarà lecito, afferma, alle mogli prese da insana cupidigia intimare ai loro mariti il libello di ripudio, accusandoli senza fondamento di essere ubriacconi, giocatori d'azzardo, donnaioli. Né sarà consentito ai mariti di mandare via la moglie *ad libitum*.

Secondo tale costituzione le mogli potranno ripudiare i mariti solo quando saranno in grado di dare la prova che essi si siano macchiati di omicidio, veneficio, violazione di sepolcri: in questo caso conserveranno le loro doti. Per poter divorziare dalle loro mogli, invece, i mariti dovranno dimostrare che esse siano state infedeli, o avvelenatrici, o mezzane. Se il ripudio avveniva al di là dei casi previsti, i mariti erano tenuti a restituire la dote, ad astenersi

⁷¹ EDOARDO VOLTERRA, *Per la storia del reato di bigamia*, in *Studi in memoria di Umberto Ratti*, Milano, 1934, pp. 387 ss.

⁷² Sui rapporti tra divorzio e adulterio, si veda CARLO VENTURINI, *Divorzio informale e 'crimen adulterii'*, in *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, Fundacion Seminario de Derecho Romano «Ursicino Alvarez», Madrid, 1992, pp. 133 ss.

⁷³ Circa il divorzio in epoca imperiale, si vedano EDOARDO VOLTERRA, *Ancora sulla legislazione imperiale in tema di divorzio*, in *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, V, Istituto editoriale cisalpino – la Goliardica, Milano, 1984, pp. 199 ss.; OLGA VANNUCCI FORZIERI, *La legislazione imperiale del IV – V secolo in tema di divorzio*, in *SDHI*, n. 48, 1982, pp. 289 ss.

dal passare ad altre nozze, sotto pena di sanzione e rappresaglie a contenuto patrimoniale.

Anche l'assenza del marito per servizio militare legittimava la donna a divorziare, purchè si trattasse di assenza ultraquadriennale accompagnata dalla mancanza di notizie.

Accanto al divorzio vero e proprio, si faceva strada, in epoca tardo imperiale un *divortium imperfectum*, che limitava la possibilità di nuove nozze, come a dire «che ponesse fine al rapporto ma non agli effetti del vincolo coniugale⁷⁴».

Sulla base del suo proposito di restaurare il paganesimo, Giuliano l'Apostata ripristinava la possibilità di divorziare liberamente. Nel 421, però, Onorio e Costanzo II fecero un passo indietro, ammettendo la donna a divorziare solo qualora il marito si fosse reso colpevole di *magna crimina* e a passare a nuove nozze solo dopo un quinquennio. La moglie che avesse divorziato soltanto per *morum vitia ac mediocres culpas* poteva divorziare, ma non risposarsi. Se poi avesse divorziato senza nessuna di tali giustificazioni, avrebbe perduto la dote e la donazione maritale e sarebbe stata passibile di deportazione. Il divorzio bilaterale, invece, era considerato incolpevole⁷⁵.

I legislatori in esame concedevano all'uomo di divorziare, e di passare a nuove nozze, nel caso di grave *crimen* e di divorziare e risposarsi però dopo un biennio, in caso di cattivi costumi della moglie.

Se il marito avesse divorziato per sola incompatibilità di carattere, sarebbe dovuto vivere solo, in perpetuo celibato.

Tale disparità di trattamento tra uomo e donna riecheggia la disparità tra moglie e marito, in fatto di divorzio, esistente nel diritto islamico.

Teodosio II e Valentiniano III determinano con maggiore ampiezza di vedute i casi in cui moglie e marito possono divorziare *iusta causa*. Si ritiene che la validità del divorzio richiedesse la presentazione del *libellus repudii*.

Anastasio, nel 497, ammette (C. 5.17.9) il divorzio per comune consenso, con reciproco invio del libello e permette alla moglie di risposarsi dopo un anno e non più dopo cinque anni.

Giustiniano, imperatore cristiano per eccellenza non conduce una politica decisa e univoca in tema di divorzio: con la Nov. 22 del 538, egli legittima i divorzi per mutuo consenso insieme a quelli giustificati dal comportamento di uno dei coniugi. Egli ammette, inoltre, i cosiddetti divorzi *bona gratia*, che avevano luogo in caso di elezione di vita religiosa o voto di castità, impotenza,

⁷⁴ ANTONIO MARONGIU, s. v. «divorzio (storia)», cit., p. 485.

⁷⁵ EDOARDO VOLTERRA, s. v. «divorzio», cit., p. 63.

prigionia di guerra del marito ultraquinquennale, senza sicure notizie circa la sua sopravvivenza, assenza ultradecennale del marito per servizio militare senza notizie malgrado le necessarie indagini, revocazione in schiavitù del marito liberto.

Nel 542, con la Nov. 117, l'imperatore va a disciplinare nuovamente l'intera materia. Egli limita la possibilità di divorzio *communi consensu* alle ipotesi di impotenza, voto di castità, elezione di vita claustrale, presunzione di morte del marito per assenza ultraquinquennale.

Quanto al divorzio unilaterale, lo consente al marito se la moglie non lo abbia informato di macchinazioni contro l'imperatore delle quali fosse a conoscenza, se la moglie sia stata condannata per adulterio, se abbia attentato alla sua vita o non gli abbia rivelato le altrui trame, se abbia preso parte a banchetti, o abbia assistito a pubblici spettacoli, o si sia recata al bagno con altri uomini senza il suo consenso, se abbia preso alloggio presso terzi senza il suo volere.

Lo consente alla moglie se il marito trami contro la vita dell'imperatore o nasconda le altrui trame di cui sia a conoscenza, se il marito attenti alla sua vita, o nasconda l'altrui attentato, se egli l'abbia falsamente accusata di adulterio, se egli tenti di disonorarla o prostituirla, se egli abbia portato in casa o conviva altrove abitualmente con un'altra donna. Al di là dei casi elencati, il divorzio viene considerato ingiusto e punito. Se il divorzio proviene dalla donna, questa viene chiusa in convento e privata dei suoi beni; se dal marito, questi oltre a perdere la donazione nuziale a suo tempo fatta, perde ogni diritto sulla dote e doveva alla donna una quantità di beni pari ad un terzo della donazione medesima; ove questa mancasse, la moglie riceveva un quarto del patrimonio del marito.

Nella Nov. 134 del 556, infine, l'imperatore ribadisce il bando da lui dato al divorzio proscrivendo sia i ripudi consensuali, sia quelli per colpe specifiche e ripetendo, per tutti gli altri casi non ammessi dalla legge, sanzioni penali (la clausura perpetua in convento, tanto per le donne quanto per gli uomini) e patrimoniali assai rilevanti, insieme a pene corporali e all'esilio a carico anche dei *ministri talis solutionis nuptiarum*.

Le pene sarebbero state cancellate se, prima del loro invio nei rispettivi conventi, avessero consentito a unirsi di nuovo in matrimonio.

La legislazione imperiale in tema di divorzio si chiude con una costituzione del 566 di Giustino II, successore di Giustiniano, che dispone l'abolizione delle pene previste per coloro i quali *consensu matrimonium dirimunt*, in quanto, essendo fatto il matrimonio di mutuo affetto, esso viene automaticamente meno per una diversa *voluntas*.

Con la Novella di Giustino, il diritto romano ha raggiunto più il suo ter-

mine storico che il suo svolgimento finale, poiché è manifesto che in questo istituto la crisi continua e l'oscillazione stessa dei legislatori, che vanno avanti per azione e reazione, rispecchia un equilibrio instabile.

Ciò che vieta di procedere con indirizzo logico, sicuro, costante, era l'antico concetto del matrimonio. Le sanzioni stesse rivelano questo vizio. Il divorzio è punito ma non è dichiarato nullo, anzi è punito proprio perché non si può dichiarare nullo⁷⁶.

Allo stesso modo, come si è visto, in caso di *talaq – al – bidah*, qualora il marito ripudi la moglie tre volte nello stesso momento, il ripudio è valido, pur essendo l'uomo considerato un peccatore.

⁷⁶ ANTONIO MARONGIU, s. v. «*divorzio (storia)*», cit., p. 487.

*Diritto ecclesiastico e diritti confessionali**

MARIO TEDESCHI

Che i cultori di diritto ecclesiastico abbiano proceduto in passato sulla base di una relativa conoscenza dei diritti confessionali – tranne che per il diritto canonico – è questione davvero singolare che merita qualche considerazione. Quali sono le ragioni di una tale disattenzione ed è realmente fondato questo appunto?

Le motivazioni più evidenti sono, innanzi tutto, di natura storico-politica. L'esiguità della legislazione sui culti acattolici, che in passato verteva unicamente nei confronti dei culti israelita, greco ortodosso e valdese, ed il ruolo che la confessione cattolica, considerata dallo Statuto Albertino confessione di Stato, aveva assunto nel lungo arco di un secolo (1848-1948), principio ribadito anche dai Patti lateranensi, nonostante la legislazione eversiva e la legge delle guarentigie si fossero mosse in tutt'altra direzione¹.

Accanto a questi fattori obiettivi, se ne possono rinvenire altri di natura subiettiva, il provincialismo culturale della nostra dottrina – e si che a partire dalla fine del '700 si guardava con molta attenzione in Francia o in Germania ai movimenti religiosi provenienti dall'Oriente² – e la grande tradizione storica del diritto canonico che, ancor oggi, costituisce un esempio unico di normazione giuridica tra tutte le religioni del mondo, per cui gli ecclesiastici erano attratti in primo luogo dal suo studio e solo successivamente da quello del diritto ecclesiastico.

Siamo in un periodo successivo alla restaurazione, di formazione o di consolidamento degli Stati nazionali, dopo il breve periodo della rivoluzione liberale, espressione di una società molto lontana da quella attuale, informata

* Il presente scritto è destinato agli *Studi in onore* di Giovanni Barberini.

¹ Cfr. MARIO TEDESCHI, *Dalla restaurazione al consolidamento dello Stato unitario*, Giuffrè, Milano, 1981.

² Il riferimento è alle *Lettere persiane* di Voltaire e a Cristiano Wolff, che fu allontanato dall'insegnamento universitario per aver difeso le teorie confuciane; cfr. MARIO TEDESCHI, *Nuove religioni e confessioni religiose*, in *Saggi di diritto ecclesiastico*, Giappichelli, Torino, 1987, p. 281.

a un pluralismo religioso che è espressione del multiculturalismo attraverso cui si articola la realtà odierna³. E se in passato era apparso sufficiente lo studio del solo diritto canonico, oggi ciò non è più possibile per cui sono sorte giustamente Riviste, come *Daimon*, attente ai diritti confessionali, che, nel sottotitolo, preferisce qualificarsi come *Annuario di diritto comparato delle religioni*, avvalendosi così dei contributi dei comparatisti.

In questa Rivista si studia il significato dell'appartenenza a un gruppo religioso (ebreo, mormone, musulmano, induista, cristiano)⁴; la necessità di comparare i diritti religiosi⁵ che, per la verità, costituiva già il metodo classico di analisi storico-religiosa; il buddhismo⁶, che però non ha mai aspirato ad essere considerato una religione; alcuni istituti giuridici comuni, matrimonio, ministri di culto -in qualche confessione inesistenti⁷ - giustizia, rapporti con il diritto naturale⁸ - inesistenti anch'essi, ad esempio, nel mondo musulmano -. L'iniziativa è per ogni verso da condividere anche se si è ancora lontani da un proficuo approccio.

Eppure, chi guardi alla nostra tradizione culturale, non esclusivamente giuridica, potrebbe pervenire a conclusioni diverse: che non è del tutto vero che i diritti confessionali siano stati poco o nulla studiati, perché l'interesse nei loro confronti esisteva anche quando non v'erano le attuali, impellenti esigenze derivanti dal multiculturalismo. Mi sia consentito un solo esempio, che riguarda il periodo finale dello Stato liberale, prima che i Patti lateranensi confermassero il confessionismo, in persona di uno dei suoi più illustri rappresentanti, Luigi Luzzatti, nato ebreo ma sostanzialmente laico.

Il secondo volume delle *Opere* di Luzzatti, edito a Bologna dalla Zanichelli nel 1926, ha un titolo che, per un costituzionalista e uomo politico - versato soprattutto in questioni economiche - appare singolare: *Dio nella libertà. Studi sulle relazioni tra lo Stato e la Chiesa*. Un lavoro densissimo, di 650 pagine, nel quale Luzzatti individua tra i precursori ed apostoli della libertà religiosa l'imperatore musulmano dell'India Akbar⁹, si pone il problema dei rapporti tra buddhismo e cristianesimo¹⁰, ripercorre le persecuzioni del popolo

³ Sul multiculturalismo cfr. GAETANO DAMMACCO, *Diritti umani e fattore religioso nel sistema multiculturale euromediterraneo*, Bari, Cacucci 2001.

⁴ Cfr. *Daimon*, 1/2001, p.11 ss.

⁵ Cfr. *Daimon*, 1/2001, p.165 ss.

⁶ Cfr. GIANNI LONG, *Il buddhismo in Italia. Note introduttive*, in *Daimon*, 1/2001, p.227 ss.; ROBERTO TONOLETTI, *Gli statuti delle associazioni aderenti all'Unione buddhista italiana*, *ivi*, p. 233 ss.

⁷ Cfr. *Daimon*, 2/2002, p. 3 ss.; *Daimon*, 3/2003, p. 5 ss.

⁸ Cfr. *Daimon*, 4/2004, pp. 5 ss. e 213 ss.

⁹ *Ivi*, p. 59 ss.

ebraico in tutti i millenni della sua storia¹¹, rinviene i fondamenti della libertà religiosa non solo nella legislazione liberale ma anche all'estero e nel vecchio mondo¹². Con la facondia e la dottrina che gli sono proprie, Luzzatti già un secolo fa si muoveva su posizioni assolutamente prive di alcun pregiudizio, ancor oggi utili a comprendere le dinamiche della libertà religiosa, che non appaiono espressione né di monismi né di dualismi ma sono per l'appunto pluraliste¹³.

Riferendosi a Dante, per il quale: “Fede è sostanza di cose sperate”, traducendo così S. Paolo: “*Est autem fides sperandarum substantia, rerum argumentum non perentum*”, Luzzatti, in pieno positivismo, dice che “una scienza senza fede sarebbe luce senza fiamma e una fede senza scienza sarebbe fiamma senza luce”, propugnando “un diritto costituzionale, genuina espressione di due grandi liberazioni: quella dello Stato dalle Chiese e delle Chiese dallo Stato¹⁴. A suo avviso, la distinzione tra religione di Stato e culti tollerati è molto pericolosa, per cui auspica, come in atto, una piena libertà ed eguaglianza. Culti “ammessi non nel senso di una previa autorizzazione, ma come professati dallo Stato”¹⁵. La difesa della libertà religiosa non si rinviene tanto in questi riferimenti alla legislazione liberale, né in quelli alla legge delle guarentigie, ma nell’attenzione alle persecuzioni religiose, nel rapporto tra la dottrina morale cristiana e quella buddhista, e tra Buddha e Gesù¹⁶. E qui Luzzatti non ha dubbi nel ritenere il Sermone della Montagna più in alto di tutti i discorsi di Buddha¹⁷; e dice di apprezzare la lettura laica di S. Francesco del protestante Sabatier¹⁸. Nonostante ciò, Luzzatti non aderì all’esortazione di alcuni ecclesiastici di convertirsi al cattolicesimo, affermando di voler “sottrarre la Chiesa dai contatti irreligiosi dello Stato”, e di dedicare questo libro a tutti i fedeli¹⁹, pur confidando nella suprema ragione della libertà laica, che gli consente una tale disamina.

Luzzatti pone l'imperatore musulmano Akbar tra i precursori della libertà

¹⁰ *Ivi*, p. 265 ss.

¹¹ *Ivi*, p. 481 ss.

¹² *Ivi*, pp. 135 ss., 173 ss., 429 ss.; 197 ss. e 363 ss.

¹³ *Ivi*, p. 415 ss.

¹⁴ *Ivi*, p. XII.

¹⁵ *Ivi*, pp. XIV-XV.

¹⁶ *Ivi*, pp. XVI-XVIII.

¹⁷ *Ivi*, p. XIX.

¹⁸ *Ivi*, p. XX.

¹⁹ *Ivi*, pp. XXIII-XXIV.

religiosa, dal momento che desiderava una religione del cuore e dell'amore e inseguiva il sogno di una tolleranza universale, in lotta anche con gli altri adepti del proprio culto²⁰. Una "mescolanza di dottrine parsi, sufi e indù, cui non mancavano forti elementi cristiani e qualche tocco buddhista"²¹.

Molta attenzione presta, infatti, ai discorsi di Buddha, alla conoscenza delle quattro verità: del dolore, della causa del dolore, dell'annullamento del dolore, e della via che porta all'annullamento del dolore. Parla del *Nirvana* – "stato dell'anima nel quale si è estinta ogni aspirazione alla esistenza e al godimento" –, del *Karma* – "modo di operare che misura il merito di ognuno di noi", legato pertanto alla volontà di ciascuno –, e in questa direzione procede a una singolare comparazione con Schopenhauer²². Luzzatti si pone il problema della superiorità del buddhismo rispetto al cristianesimo²³, e la esclude; si sofferma sulla condizione della donna²⁴ e, in più circostanze, su Tagore, il poeta indiano di religione brahmana e buddhista, che nel 1913 aveva vinto il Nobel per la letteratura²⁵.

Se l'importanza dei diritti confessionali era già evidente nei primi anni del secolo scorso, com'è possibile considerarli una novità direttamente legata al multiculturalismo e alla necessità di una intensificazione del dialogo inter-religioso? Direi piuttosto che in passato ciò lo si faceva meglio, in attuazione e in direzione dei principi di libertà religiosa, mentre ora appare un po' fine a se stesso. La comparazione, metodo antico e, come già detto, molto diffuso tra le scienze religiose, non può servire solo a soddisfare una curiosità, a colmare un vuoto, deve essere utile per la nostra realtà, indicare una soluzione, costituire un modello. Nel momento in cui il diritto ecclesiastico ha come oggetto principale lo studio del fattore religioso, non può limitarsi né alle grandi religioni né a quelle costituite in Chiesa ma deve tener presente, per quanto possibile, tutta la fenomenologia religiosa, nei suoi aspetti strutturali e normativi. Ciò va oltre la conoscenza dei contenuti ideologici, della stessa comparazione, incide sul modo in cui il fattore religioso interagisce con tutti i settori giuridici, in ogni singola realtà ordinamentale. La fenomenologia religiosa è a cavallo di più ordinamenti, ha una dimensione internazionale ancor prima dell'avvento del multiculturalismo e dei mezzi di cui si avvale.

²⁰ *Ivi*, p. 59 ss.

²¹ *Ivi*, p. 67.

²² *Ivi*, p. 265 ss.

²³ *Ivi*, p. 273.

²⁴ *Ivi*, p. 281 ss.

²⁵ *Ivi*, pp. 287 ss., 297 ss., 313 ss.

È una realtà in evoluzione per cui non è agevole procedere sulla base di interventi normativi che rischiano di nascere vecchi, quando ciò che si deve regolamentare è già cambiato. Questa la difficoltà di una disciplina come la nostra, rispetto la quale la comparazione e la conoscenza di ordinamenti diversi – nella specie confessionali – costituisce solo una delle possibili vie di indagine, non l'unica. Senza i riferimenti agli aspetti storici, sociologici, politologici, filosofici, ecclesiologici, non si comprenderebbe nulla delle fattispecie di diritto ecclesiastico. Lo studio dei diritti confessionali, anche se tardivamente scoperti, colma solo uno dei possibili vuoti non l'unico. E questo è un problema non di contenuti ma di metodo.

*Sui conflitti in materia matrimoniale fra ordinamenti laicizzati e ordinamenti a ispirazione confessionale cattolica**

PIERO BELLINI

1. Possibili atteggiamenti del Legislatore nazionale rispetto a fattispecie dotate di elementi di estraneità

Riguardo ai fatti sociali dotati di carattere di estraneità rispetto alla vita reale interna della società nazionale, il legislatore – ove non creda di ignorarli – può adottare due criteri opposti di regolamentazione: può ritenere in primo luogo di disciplinarli con proprie dirette statuizioni, estendendo ad essi l'imperio della legge comune, o emanando apposite norme di carattere speciale; può preferire invece di regolarli, non già direttamente, ma indirettamente, riferendosi alla regolamentazione che, degli elementi di estraneità dei fatti contemplati, facciano gli ordinamenti delle società straniere con le quali gli elementi stessi appaiono socialmente collegati.

Il primo atteggiamento è per lo più espressione d'una gelosa rivendicazione della potestà esclusiva dello Stato nazionale, che porta questo, nelle forme più rigide, a negare, o quanto meno ad ignorare, la giuridicità pur intrinseca degli altri ordinamenti; il secondo presuppone nel legislatore nazionale una disposizione ben più liberale verso gli ordinamenti giuridici stranieri. Esso è diretto a conseguire una duplice finalità: assicurare innanzi tutto ai fatti contemplati la regolamentazione sostanziale ritenuta meglio rispondente alle

* *Piero Bellini, nostro Amico e Collega, ci ha espresso il desiderio di vedere ristampato questo suo studio giovanile, non incluso nei Saggi di diritto ecclesiastico italiano pubblicati dall'Editore Rubbettino nel 1996. Lo scritto – apparso ne Il diritto ecclesiastico del 1956 – ripropone però il fulcro della tesi di laurea [su Il matrimonio religioso nel diritto internazionale privato] sostenuta nel 1948: esattamente sessant'anni fa. Relatore il Prof. Tomaso Perassi, Maestro insigne della Scuola dogmatica italiana, alla cui memoria il Nostro tiene a esprimere la sua rinnovata devozione. Volentieri aderiamo al desiderio che ci è espresso: tanto più che il Saggio copre un quadro problematico bensì lontano – venuto modificandosi nel tempo – e tuttavia rimasto vincolato hinc inde a certi non sovvertibili principi-cardine: dai quali l'esperienza secolare e l'esperienza religiosa non possono prescindere [N.d.R.].*

caratteristiche sociologiche di essi (e ciò nella forma per così dire più economica: avvalendosi dell'apporto tecnico degli organi stranieri di produzione normativa più a contatto con gli interessi oggetto del rinvio); contribuire in secondo luogo a far assumere all'evento – *nel momento in cui questo si perfeziona in via di fatto* – un significato giuridico corrispondente a quello attribuitogli dall'ordinamento estero alla cui base sociale l'evento stesso si rivela più aderente.

L'adozione d'un sistema di tali norme di rinvio importa sostanzialmente l'accettazione della cooperazione dei legislatori di altri Stati, ed implica quindi la rinuncia ad ogni pregiudiziale di assoluta ed esclusiva competenza della legge nazionale nelle materie oggetto del rinvio. Quale che sia la rilevanza, soltanto materiale o anche formale, che il rinvio attribuisce o riconosce alle norme straniere rinviate – esso comunque postula, nelle dette materie, l'ammissione implicita della loro intrinseca legittimità.

2. *Riferimenti di diritto internazionale privato e di diritto processuale civile internazionale*

L'adozione d'un sistema di norme di rinvio tende a garantire l'uniformità del *significato giuridico originario*, rispetto a più sistemi normativi, delle attività sociali contemplate. Se ciò avvenisse senza tener conto della *sorte giuridica ulteriore* del significato stesso, la difformità di trattamento, che il riconoscimento delle leggi straniere tende ad evitare, sarebbe per altro solo in parte prevenuta. In quanto entità materiale, un atto si esaurisce nel momento stesso in cui si perfeziona in via di fatto; ma, in quanto fonte o condizione degli effetti che ne sostanziano il significato giuridico, esso continua a vivere giuridicamente. Ora – quando si tratta delle variazioni di tale significato dipendenti da sopravvenute mutazioni legislative degli ordini stranieri – è il carattere permanente ed automatico dei riferimenti di diritto internazionale privato a fare in modo che in quello nazionale si realizzino corrispondenti variazioni. Ma quando si tratta di mutazioni dipendenti dal funzionamento della giurisdizione degli Stati esteri – il problema del riconoscimento delle attività, nelle quali esso si sostanzia, si presenta come una questione a sé: come un momento ulteriore dell'allacciamento fra sistema normativo nazionale e sistemi normativi esteri, in vista del conseguimento della *uniformità di trattamento giuridico* degli stessi eventi.

Ancor qui, l'atteggiamento più liberale del legislatore nazionale (consistente nel riconoscimento delle attività dei giudici degli ordini stranieri ritenuti anche solo *sufficientemente* collegati col fatto o col rapporto) si contrappone

alle posizioni che intendono affermare più rigidamente il predominio della giurisdizione nazionale. Queste ultime possono consistere o nella affermazione della esclusiva competenza dei giudici nazionali a decidere delle questioni comunque rilevanti per la legge nazionale, o nella distinzione fra materie deferite alla competenza esclusiva dei giudici nazionali e materie nelle quali la competenza di questi concorre con quella dei giudici stranieri. Il legislatore nazionale può avere interesse, se non altro, ad instaurare, fra sistema di diritto internazionale privato e sistema di diritto processuale civile internazionale, un rapporto di coordinamento funzionale, tale da assicurare una correlazione fra competenza legislativa e competenza giudiziaria.

3. *Efficienza del sistema condizionata ad una sostanziale equivalenza dei rispettivi principi informativi*

Con l'adozione di un sistema di diritto internazionale privato, integrato da un sistema di diritto processuale civile internazionale, il legislatore nazionale si avvale della collaborazione degli organi stranieri di legislazione e di giurisdizione, ma in certo modo *offre* anche la collaborazione propria e degli organi giudiziari nazionali. Solo con l'accettazione – da parte degli altri legislatori – d'una siffatta offerta, può dirsi assicurato, *in sede extra-dogmatica*, uno svolgimento uniforme dei fatti e dei rapporti collegati con la vita interna di più società organizzate a Stato.

L'adozione di norme di conflitto presuppone la diversità dei contenuti normativi che convergono e concorrono, sul piano extra-dogmatico, alla qualificazione dei rapporti oggetto, ma tende a eliminarne, o quanto meno ad attutirne, in pratica, gli effetti negativi. E vi riesce, là dove i criteri che determinano, nell'ambito dell'ordinamento rinviante, la ripartizione della competenza diretta fra l'autorità legislativa nazionale e quella d'un determinato Stato estero, corrispondono ai criteri che presiedono in quest'ultimo alla medesima ripartizione: là dove, cioè, la rinuncia – da parte del legislatore nazionale – alla diretta regolamentazione d'un rapporto cade su materia che il legislatore dello Stato estero rivendica alla propria diretta competenza, e inversamente la statuizione diretta – da parte del legislatore nazionale – s'indirizza a una materia che il legislatore estero si astiene dal regolare in via immediata. Sempreché, naturalmente, fra contenuto dell'ordinamento nazionale e contenuto degli ordinamenti giuridici stranieri riferiti, corra un certo grado di equivalenza nei principi informativi, che ne consenta la reciproca integrazione materiale.

Del pari, il funzionamento efficiente delle norme di diritto processuale

civile internazionale (dirette, fra l'altro, alla assunzione nell'ordinamento nazionale degli atti di giurisdizione perfezionatisi nell'ambito formale degli ordinamenti giuridici stranieri) è condizionata alla adozione – da parte degli Stati – di criteri equivalenti di competenza giurisdizionale ed alla applicazione, ai rapporti oggetto di esame giudiziario, di diritti sostanziali rispondenti a comuni esigenze fondamentali¹.

4. Coordinazione materiale e funzionale fra i distinti ordinamenti

La presenza negli ordinamenti degli Stati di organici sistemi di norme di diritto internazionale privato e di diritto processuale civile internazionale, per la regolamentazione dei fatti e dei rapporti dotati di elementi di estraneità, riveste ai nostri tempi un carattere di assoluta normalità.

Si tratta di sistemi in parte collegati e rispondenti per lo più ad esigenze equivalenti, le quali già assicurano un certo grado di coordinazione materiale e funzionale fra i distinti ordinamenti. Si è andata inoltre sviluppando una complessa attività convenzionale tendente ad instaurare un insieme di relazioni giuridiche, in forza delle quali ciascuno degli Stati firmatari s'impegna verso gli altri a far assumere un determinato modo d'essere al proprio ordinamento, così da assicurare o l'uniformità dei rispettivi contenuti normativi – quando raggiungibile – o la coordinazione funzionale fra gli stessi, attraverso l'adozione, nella disciplina dei fatti di commercio giuridico internazionale, di sistemi corrispondenti di norme di conflitto. E s'è affermato – in pari tempo – un vasto movimento per il riconoscimento degli atti giurisdizionali civili, al fine di garantire e di semplificare, nel concorso di certe condizioni, l'assunzione nell'ordinamento di ciascuno Stato signatario delle decisioni emanate dagli organi di giurisdizione degli altri contraenti.

Esiste, infine, fra gli ordinamenti degli Stati di civiltà e di cultura occiden-

¹ L'efficacia dei sistemi di diritto internazionale privato e di diritto processuale civile internazionale si arresta, evidentemente, allorché la difformità dei contenuti normativi dei diversi ordinamenti si rivela particolarmente pronunciata, o quando il funzionamento combinato dei sistemi stessi si risolve in grave pregiudizio della legge nazionale. In sostanza, l'atteggiamento più liberale del legislatore nazionale verso le attività legislative e giurisdizionali estere non può prescindere dalla considerazione delle esigenze fondamentali rispecchiate dagli atteggiamenti legislativi opposti. Se nuoce, infatti, agli interessi dei privati l'affermazione del più rigido dominio della legislazione e della giurisdizione nazionali, altrettanto dannoso, ad altri effetti, sarebbe collocare l'una e l'altra in una posizione di ingiustificata inferiorità rispetto alle straniere, sì da consentire, tra l'altro, al privato, attraverso la preordinazione o la scelta delle circostanze, di far regolare le sue attività dalla legge più conveniente ai suoi interessi, anche se questi contrastano con le finalità fondamentali perseguite dalla legge nazionale.

tali, una specie di denominatore comune, un comune patrimonio giuridico, che si pone a fondamento dei rispettivi ordinamenti e ne informa gli istituti, riducendo di molto i casi di intervento del limite dell'ordine pubblico internazionale, e valendo talvolta a eliminare, in pratica, gli stessi inconvenienti d'un eventuale adozione, ad opera dei legislatori dei diversi Stati, di sistemi non corrispondenti di norme di conflitto.

5. *Difformità di trattamento di fattispecie dotate di elementi di estraneità: il caso del matrimonio*

Ne segue che, nella maggior parte dei settori del diritto privato, i conflitti di legge e di giurisdizioni, intesi in senso estra-dogmatico, rappresentano oggi piuttosto la eccezione di fronte alla regola, formata dalla uniformità di trattamento originario e di sorte giuridica ulteriore dei fatti e dei rapporti collegati con la vita interna di più società politicamente organizzate.

In altri settori, all'opposto, si assiste a una vera e propria inversione del rapporto, per cui la difformità in sede estra-dogmatica del trattamento originario e della sorte giuridica ulteriore degli stessi eventi appare di gran lunga prevalente rispetto all'uniformità, troppo spesso non raggiunta affatto o raggiunta solo parzialmente.

Tra questi casi deve annoverarsi il matrimonio: alla regolamentazione dell'istituto concorrono spesso legislazioni e giurisdizioni, le quali o non si combinano compiutamente – sia per la mancata coincidenza dei criteri che presiedono in ciascun ordinamento ai riferimenti di diritto internazionale privato e di diritto processuale civile internazionale, sia per la inconciliabilità dei rispettivi contenuti normativi – o addirittura si escludono a vicenda, affermando ciascuna la propria diretta competenza ad esclusione di quella delle altre.

Di quest'ultimo tipo si rivelano i conflitti ai quali è dedicato il presente saggio. Quando a disciplinare l'atto formativo del rapporto di coniugio convergono legislazioni a ispirazione laica e legislazione a ispirazione confessionale (nel caso, a ispirazione confessionale cattolica) – si realizzano, sul piano estra-dogmatico, conflitti che son tali da influire negativamente, non solo sul significato giuridico di particolari aspetti dell'istituto o sulla sorte del rapporto, ma sulla stessa *rilevanza* o *esistenza giuridica* dei medesimi eventi nei distinti ordinamenti. Si danno, inoltre, conflitti di giurisdizione, consistenti nella assoluta *irrilevanza* in un ordinamento delle decisioni emanate dagli organi giurisdizionali di altri ordinamenti.

6. *Conflitti fra ordinamenti laicizzati e ordinamenti a ispirazione confessionale cattolica: irrilevanza per gli uni di fattispecie giuridicamente perfette per gli altri ordinamenti*

La materia matrimoniale si presta in genere assai meno di molte altre a una regolamentazione risultante dalla combinazione materiale e funzionale fra norme di distinti ordinamenti: essa risulta infatti spiccatamente dominata, in ciascun sistema, da esigenze di carattere politico o etico o sociale del tutto peculiari e tali da potere facilmente non trovar riscontro in altri ordinamenti. [Si pensi, per esempio, ai conflitti che si danno, sul piano extra-dogmatico, fra legislazioni di Stati a forte emigrazione e legislazioni di Stati a forte immigrazione, delle quali le une mirano al mantenimento, in materia di statuto personale e di rapporti di famiglia, d'un legame fra emigranti e madrepatria, le altre ad assorbire, quanto più compiutamente e rapidamente, i nuovi giunti e ad inserirli nella vita nazionale. Si è qui in presenza di norme di conflitto esteriormente equivalenti, che entrambe sottomettono alla legge dello Stato di appartenenza lo statuto personale dei nubendi, ma di contenuto differente per la qualificazione discordante del criterio di collegamento: caso di doppia cittadinanza, valevole ciascuna per ciascun ordinamento. Si pensi, inoltre, all'apposizione al matrimonio di impedimenti di carattere razziale, o dei cosiddetti impedimenti politici, e ancora ai casi di conflitto fra legislazioni divorzistiche e antidivorzistiche: qui la equivalenza dei sistemi di norme strumentali sui conflitti di leggi e di giurisdizioni si manifesta insufficiente per la mancanza, fra i sistemi normativi concorrenti, di un comune denominatore, che ne consenta la combinazione materiale].

Sennonché, nei casi di cui sopra, il conflitto fra legislazioni ispirate a diverse concezioni, politiche etiche o sociali, incide, in sede extra-dogmatica, su aspetti particolari – se pur non secondari – dell'istituto matrimoniale o solo sulla sorte giuridica del rapporto di coniugio. In essi, si ha comunque una *rilevanza giuridica comune* delle attività sociali che tendono ad essere riconosciute come matrimonio negli ordinamenti vigenti nelle società con la vita interna delle quali si rivelano socialmente collegate: esse concretano in ciascuno di tali ordinamenti un matrimonio che ha *giuridica esistenza come tale*, anche se valido in un ordinamento e invalido in un altro. Il giudizio sulla validità o invalidità d'un atto presuppone accertata, infatti, l'*esistenza giuridica* dell'atto stesso. Ne v'è bisogno di mettere in rilievo che la difformità di sorte giuridica del *rapporto* presuppone, dal canto suo, la legittima costituzione nei distinti ordinamenti dell'*atto* che al rapporto stesso ha dato vita.

Nel caso, invece, d'una concorrenza in sede extra-dogmatica di legislazioni a fondamento laico e di legislazioni a fondamento confessionale (nella specie,

a fondamento confessionale cattolico) – si danno conflitti di ben maggiore gravità. Qui non si tratta più di aspetti particolari dell’istituto matrimoniale o della sorte giuridica del rapporto, ma il conflitto si manifesta molto spesso fin nel fatto della *assoluta irrilevanza per un ordinamento d’un evento giuridicamente perfetto per un altro*. Mentre nei primi casi di conflitto un atto giuridicamente perfetto per un ordinamento non si rivelava parimenti tale per un altro, ma vi produceva comunque conseguenze di diritto (per quanto di valore negativo : nullità) e altre poteva produrne di valore positivo – si pensi, quanto meno, agli effetti discendenti dal matrimonio putativo –, qui un atto perfezionatosi in un ordinamento non produce *alcuna conseguenza per un altro*, il quale semplicemente lo *ignora giuridicamente come atto*, non sottoponendolo del tutto a sue valutazioni, sia pure di valore soltanto negativo, a effetti riferibili alla *species* matrimonio.

Il conflitto che, nei casi precedenti, si svolgeva sul piano della *validità-invalidità*, e quindi nel più vasto ambito della *esistenza o rilevanza giuridica*, qui si sposta su quello della *esistenza-inesistenza giuridica*.

7. *Svolgimento del conflitto non in termini di “validità-invalidità” ma in termini di “esistenza-inesistenza giuridica”*

Il punto ha bisogno di qualche chiarimento. È stata spesso rilevata infatti la insufficienza della definizione dottrinale delle nozioni di “esistenza” ed “inesistenza giuridica”, e correlativamente di “validità” ed “invalidità”, di modo che un uso indiscriminato delle stesse rischierebbe di oscurare dal lato tecnico, anziché chiarire, la materia.

Tale insufficienza – che si manifesta in primo luogo nell’assenza d’una linea discretiva univoca fra casi d’inesistenza giuridica e di invalidità cosiddetta assoluta – risiede innanzi tutto, a nostro avviso, nel fatto che si è voluto, da molti, ricavare la nozione di evento giuridicamente inesistente instaurando una sua vera e propria contrapposizione concettuale a quella di evento semplicemente invalido, mentre, da altri, si è cercato di individuare la *differentia specifica* fra le due figure, nella persuasione della riconducibilità di entrambe a un *commune genus*, indicato come *inefficacia in senso lato*, senza per altro domandarsi se vi rientrino in effetti fenomeni della medesima natura.

Ora, ci appare indubitabile che la sola contrapposizione logicamente concepibile, e quindi unica attuabile in sede tecnico-giuridica, sia quella che si pone fra termini effettivamente contrari: nel caso, quella fra i concetti di esistenza e inesistenza giuridica, da un lato, e di validità e invalidità, dall’altro.

Se si equipara, come comunemente ammesso, il concetto di esistenza giuridica

d'un evento a quello di rilevanza giuridica dell'evento stesso, e se ne fa quindi risiedere la essenza nel fatto della qualificazione operata da una norma di diritto, si deve di necessità ridurre il concetto di "inesistenza giuridica" a quello di "irrelevanza giuridica", e, quindi, al fatto *dell'assenza d'una qualificazione* (quale che sia: positiva o negativa) operata dal sistema di diritto. Un evento giuridicamente inesistente sarà, allora, semplicemente un evento *non* giuridico.

Si tratta quindi di un concetto relativo: e non soltanto rispetto a ciascun ordinamento, assunto volta a volta a oggetto di indagine dogmatica (in forza del «principio di relatività delle valutazioni giuridiche») ma anche ai vari aspetti dell'evento. Questo, quale fatto di vita sociale, può tendere obiettivamente in una certa direzione, al conseguimento di determinati scopi pratici; e può l'ordinamento, in questo caso, valutarlo tanto nel senso verso il quale l'evento appunto si indirizza – sia per collegargli gli effetti che persegue, sia anche per negarglieli e ammetterne altri di natura negativa – quanto a effetti distinti da quelli avuti in mente dalle parti. Il fatto sociale dello scambio dei consensi, in una data forma esteriormente conoscibile, può esser preso in considerazione dal diritto tanto quale attività tendente a costituire un nucleo familiare, quanto ad altri effetti, per esempio penali o disciplinari. Nel primo caso quella attività sociale rileva come *atto giuridico*, pur se la legge la dichiara inidonea, per un vizio che la invalida, a produrre gli effetti ai quali tende; nel secondo l'attività stessa rileva propriamente come *fatto giuridico*; essa rileverà *soltanto* come fatto se l'ordinamento la valuta *soltanto* a effetti distinti da quelli riconducibili alla specie matrimonio.

A sua volta il concetto di invalidità di un atto non può essere logicamente contrapposto a quella di inesistenza giuridica, ma al concetto di validità e solo a questo. Trattandosi d'un fatto patologico, occorre riferirlo a quello fisiologico. L'invalidità d'un atto concreto postula la non completa coincidenza dello stesso alla figura astratta di atto valido, ipotizzata dalla legge. Questa configura una fattispecie tipica alla quale annette determinate conseguenze, ed esige la rispondenza ad essa delle singole fattispecie sociali a che queste concretamente producano tali conseguenze. È la legge stessa che, nel caso di mancata rispondenza, dichiara la invalidità dell'atto, non solo, ma precisa le conseguenze negative o anche positive (transitorie o permanenti) che discendono dal negozio difettoso. Per cui, quale che sia il grado del vizio che l'inficia, l'atto invalido rimane pur sempre un *atto giuridico*, per quanto improduttivo – ma non in tutti i casi – di effetti positivi. Che un atto invalido possa in molti casi non produrre alcuna apparente conseguenza («*quod nullum est nullum producit effectum*») non impedisce – e questo è il punto – che la invalidità (ivi compresa la stessa cosiddetta nullità assoluta) rappresenti essa medesima l'*effetto giuridico* d'una valutazione effettuata dall'ordinamento: l'atto non

può quindi dirsi nullo perché non produce alcun effetto positivo, ma non produce alcun effetto positivo *perché è la legge a dichiararlo nullo*.

È bensì vero, quindi, che la inesistenza giuridica e la invalidità fanno in modo che un atto non produca effetti positivi di diritto, ma, mentre nell'un caso l'atto giuridicamente inesistente non genera alcuna conseguenza giuridica perché non contemplato da alcuna norma dell'ordinamento, e *appunto* perché non contemplato da una tale norma, nell'altro l'atto invalido non produce conseguenze giuridiche positive perché contemplato in senso negativo, e *appunto* perché così contemplato, da una norma dell'ordinamento che gli si riferisce espressamente: «*pas de nullité sens texte*».

In ciò risiede l'elemento discretivo fra le due figure, elemento che vale a rilevarne la eterogeneità².

8. *Diverse conseguenze derivanti nei diversi ordinamenti*

L'incidenza pratica, sul piano interno dei diversi ordinamenti, delle ragioni che inficiano un negozio, appare in materia matrimoniale particolarmente manifesta. Molteplici sono infatti le conseguenze che l'un o l'altro ordinamento annette allo stesso matrimonio nullo, in considerazione della speciale incidenza sulla vita della società d'un qualunque atto giuridicamente riconoscibile come matrimonio, sia pur esso destinato a venir meno nei suoi effetti in conseguenza d'un vizio che lo inficia.

Così, per quanto riguarda l'ordinamento giuridico italiano, il matrimonio nullo – non importa se celebrato nel nostro o nel territorio di altro Stato – produce integralmente i propri effetti fin tanto che non intervenga una sentenza giudiziale che ne proclami espressamente la invalidità. La pronuncia del magistrato fa cessare retroattivamente gli effetti del matrimonio solo come conseguenza della conoscenza nelle parti, sin dal momento della formazione del rapporto, del vizio che lo invalida. E lo stesso matrimonio nullo contratto in mala fede produce effetti, per quanto limitati, nei confronti della prole

² Un certo ponte di passaggio fra le due figure può solo ravvisarsi in ciò che, quando la dissociazione fra fattispecie sociale concreta e fattispecie legale astratta diviene così forte da renderle l'una irricognoscibile nell'altra, si giunge sino alla vera e propria irrilevanza del negozio. Quando, in altri termini, l'evento considerato non è più riconoscibile tra quelli cui la legge annette i propri effetti, la invalidità si trasforma, per così dire, in inesistenza giuridica, perdendo quindi qualitativamente la propria natura originaria. Ciò spiega e giustifica la tendenza – piuttosto diffusa – a far rientrare nella figura della inesistenza giuridica, anziché in quella della nullità, gli atti che difettano di forma: «*forma dat esse rei*». È la mancanza dei requisiti formali infatti che più facilmente può impedire la riconoscibilità esteriore del negozio, ai fini della *identificazione* di esso.

(riconoscimento) e dei terzi (*cf.* per esempio l'art. 785, comma 2, cod. civ.).

La sentenza di annullamento è poi in ogni caso indispensabile per determinare la cessazione degli effetti del negozio. Si tratta di una sentenza costitutiva, del tutto insostituibile ad opera della libera autodeterminazione delle parti. Come un intervento costitutivo dello Stato è sempre necessario perché un rapporto di coniugio possa dirsi stabilito, così un intervento, esso stesso costitutivo, dello Stato è sempre indispensabile a che il rapporto venga meno.

Nel *codex juris canonici* (e così per gli ordinamenti giuridici statuali che si uniformano agli insegnamenti della Chiesa) – data la aderenza del contratto al sacramento – il matrimonio nullo, purché contratto in assenza di peccato, produce gli effetti propri del matrimonio putativo «*donec utraque pars de ejus nullitate certa evadat*» (can. 1015 § 4, *c.j.c.*). Qui, inoltre, data la configurazione spiccatamente privatistica dell'istituto nel diritto della Chiesa, non appare del tutto indispensabile la *declaratio nullitatis*, la quale riveste pertanto la natura di sentenza di mero accertamento (arg. ex can. 1069, § 2).

Gli effetti positivi (permanenti o transitori) annessi dalla legge civile al matrimonio nullo – in considerazione, come si è accennato, della speciale rilevanza dell'istituto, che trascende l'interesse esclusivo dei due coniugi – non si realizzano all'opposto quando l'evento sociale, che, nella intenzione delle parti, aspira ad essere riconosciuto nell'ordinamento come matrimonio, manca di quel minimo di riconoscibilità giuridica che valga a farlo rientrare nell'ambito d'applicazione delle norme che sanciscono i suddetti effetti.

Con la importante conseguenza, sul piano processuale, che la irrilevanza giuridica del matrimonio non può essere dedotta a *oggetto principale* d'un giudizio allo stesso modo della invalidità. Il fatto costitutivo d'ogni azione – ivi comprese quelle di mero accertamento – non può essere un rapporto di solo fatto, ma una *relazione giuridica*, costituita come tale da una norma di diritto, la quale faccia nascere fra soggetti giuridici distinti una correlazione concreta di obblighi e diritti. Se una relazione sociale si svolge e si esaurisce in via di fatto, senza entrare in collegamento con norme del diritto dello Stato, che interferiscano nella sua costituzione o nel suo ulteriore svolgimento, essa non può essere dedotta dinanzi agli organi giurisdizionali dello Stato stesso, per mancanza d'un fondamento, che alla azione può essere fornito solamente da una regola giuridica. Il magistrato, richiesto di emanare al riguardo una sentenza, non può non rigettare la domanda *per carenza di azione*: per l'assenza, nel caso, d'una concreta volontà di legge da dichiarare ed eseguire.

Né può configurarsi un interesse giuridico all'accertamento giudiziale della irrilevanza d'un negozio, quando questo manca di quel minimo di riconoscibilità giuridica, idoneo a provocare le eventuali reazioni di chi se ne ritenga lesa nella propria sfera di diritti.

9. *Conflitti fra gli ordinamenti degli Stati secolarizzati e l'ordinamento della Chiesa cattolica romana*

La accennata situazione di irrilevanza giuridica per un ordinamento d'un matrimonio giuridicamente perfetto per un altro presenta carattere di assoluta normalità quando il conflitto si svolge e si esaurisce fra diritto degli Stati secolarizzati e diritto della Chiesa Cattolica Romana.

Per quanto il matrimonio civile e quello religioso abbiano in comune una pluricentenaria tradizione – essendo rimasto il primo assorbito, sino a tempi relativamente recenti, nel secondo – essi, tuttavia, rappresentano attualmente il risultato d'una duplice evoluzione del concetto originario, sviluppatasi in direzioni divergenti, sotto l'impulso di fattori politici, etici e sociali nettamente contrapposti.

La concezione cattolica appare tuttora vincolata alla nozione del contratto sacramento, donde la sempre rivendicata competenza esclusiva della Chiesa – competenza che si è cercato, per così dire, di esteriorizzare, mediante l'imposizione al negozio di speciali forme che esigono l'intervento *ad validitatem* del sacerdote, sia pure in veste di semplice teste qualificato –; mentre, all'opposto, la concezione statualistica, ispirata in ultimo alla coscienza della fondamentale unità della sovranità dello Stato, si è svolta facendo leva su una affermata separabilità del contratto dal sacramento, avocando l'uno, al pari di ogni altro atto civile, alla competenza della legge dello Stato, e relegando l'altro nel mondo degli interessi che lo Stato stesso non prende direttamente in considerazione.

Ne discende una situazione di *reciproca ignoranza giuridica*, in materia, fra diritto dello Stato laico e diritto della Chiesa, in dipendenza della quale il matrimonio civile in sé considerato – salvo il caso del matrimonio fra infedeli – non è semplicemente “invalido”, ma “giuridicamente inesistente”, agli occhi dell'ordinamento della Chiesa, per il quale non è in grado di produrre alcun effetto giuridico, sia pure secondario od aberrante, riconducibile alla *species* matrimonio; e, inversamente, il matrimonio religioso in sé considerato non è semplicemente “nullo”, ma “giuridicamente inesistente”, agli occhi dell'ordinamento dello Stato.

10. a) *Inesistenza giuridica del matrimonio civile, in quanto tale, per l'ordinamento della Chiesa*

Mancano nell'ordinamento canonico norme che contemplino, sia pure a effetti del tutto secondari, il fatto del matrimonio civile, considerato quale

attività diretta a costituire un nucleo familiare. O, per meglio dire, l'ordinamento giuridico canonico limita il riconoscimento del matrimonio, *quale atto costituito e retto dal diritto dello Stato*, al solo caso della unione fra infedeli, per il quale è competente il *princeps saecularis*, mentre si arroga la esclusiva competenza in ordine alle nozze fra persone battezzate, delle quali configura una fattispecie astratta *integralmente definita* da sue norme; e ciò sia che il negozio debba considerarsi formale per le persone sottoposte all'imperio delle disposizioni tridentine, sia che i modi di formazione del negozio stesso siano deferiti alla libera autodeterminazione delle parti.

In quest'ultimo caso può bensì darsi che le parti, facendo valere la loro facoltà di scelta, adottino, per contrarre matrimonio, le forme stabilite e regolate dal diritto dello Stato. Ma anche qui – per quanto possa sembrare a prima vista che l'ordine canonico colleghi effetti di diritto, riconducibili alla *species* matrimonio, all'atto civile di celebrazione – sarebbe deformare le linee fondamentali medesime del sistema canonistico ritenere che la valida costituzione del vincolo per il diritto della Chiesa dipenda in qualche cosa dalla valida costituzione del vincolo per il diritto dello Stato. La formazione del rapporto per la Chiesa poggia *esclusivamente* sul fatto dello scambio dei consensi fra gli sposi, in modo del tutto indipendente dal fatto della presenza o dell'intervento d'un ufficiale dello Stato, nonché delle qualificazioni che al riguardo effettuino le norme dello Stato stesso: indipendentemente quindi dal fatto che l'attività sociale delle parti integri, per la legge dello Stato, la fattispecie matrimonio.

La cerimonia civile, posta in essere là dove il matrimonio religioso è considerato un negozio non formale dal diritto della Chiesa, rileva solamente come un fatto sociale più direttamente e facilmente percepibile, dal quale può arguirsi, per comune esperienza di vita, che è stato espresso dagli sposi un consenso matrimoniale vero e proprio. Così nel caso di matrimonio contratto da persone non tenute all'osservanza delle norme del Concilio; così in quello, del tutto eccezionale, contemplato nel can. 1098 *c.j.c.*; così, ancora, nel caso del can. 1139. In tutte queste ipotesi, è sempre lo scambio dei consensi, *naturaliter sufficientes*, a produrre *qual atto integralmente contemplato dal diritto della Chiesa*, ed *esclusivamente a questo titolo*, l'effetto della costituzione d'un rapporto di coniugio, quale che sia stata la forma (eventualmente: cerimonia civile) in cui lo scambio stesso si è esteriorizzato³.

³ Donde si giustifica la distinzione fra parte non credente che sposa civilmente, intendendo di legarsi per la vita con il matrimonio civile ed esprimendo quindi in questo l'*affectio coniugalitatis*, e parte credente che nel matrimonio civile presta tuttavia un vero consenso matrimoniale pur conoscendone

Né potrebbe essere altrimenti: lo Stato, se attribuisce rilevanza nel proprio ordinamento al matrimonio civile fra persone battezzate, incorre, agli occhi della Chiesa, in un grave errore dogmatico, arrogandosi una competenza che gli sfugge; o addirittura in un duplice errore, se ammette ai propri effetti il solo matrimonio civile ad esclusione di quello religioso, giacché, in tal caso, oltre ad affermare la propria competenza, rigetterebbe quella della Chiesa.

Del pari, il diritto della Chiesa non può non ignorare gli interventi del giudice statale – al di fuori del caso dei *matrimonia legitima* – sia che essi si realizzino su matrimoni civili, che sono giudicati rapporti di mero fatto, sia che si realizzino su matrimoni religiosi cattolici (al di fuori dei casi di cui all'ultima parte del canone 1016), giacché si avrebbe in questa ipotesi, per adoperare una espressione canonistica tradizionale, una *immissio falcis in messem alienam*.

Ciò non toglie per altro che il matrimonio civile, in quanto evento regolato dal diritto dello Stato, possa essere preso in considerazione dall'ordinamento della Chiesa a effetti distinti da quelli riconducibili alla *species* matrimonio, non cioè come *atto* inteso specificamente a costituire un nucleo familiare. Non è detto infatti che esso rimanga in tutti i casi un fatto del tutto indifferente per il diritto della Chiesa. Il matrimonio civile, quando diretto nella intenzione delle parti a *sostituire* il matrimonio religioso cattolico, costituisce in genere, agli occhi della Chiesa stessa, un illecito morale; esso può assumere, nel concorso di determinate circostanze, un grado tale di gravità da esigere un intervento della legge a fini emendativi e repressivi (si vedano i disposti dei cann. 2388, 188 n. 5, 646 § 1 n. 3, 2356). In tutti questi casi, in applicazione di quanto innanzi detto, il matrimonio civile non acquista rilevanza quale *atto*, ma semplicemente quale *fatto* giuridico, produttivo di effetti penali e disciplinari, che non possono ricondursi, nemmeno indirettamente, al tipo matrimonio, non rientrando negli effetti normali, né in quelli anormali, di tale istituto giuridico.

Il matrimonio civile rileva del pari come *fatto giuridico* nei casi in cui – non essendo diretto, nella intenzione delle parti, a sostituire il matrimonio religioso cattolico, ma semplicemente ad *attestare*, nei confronti dello Stato,

la inefficacia – nei quali due casi si ha una volontà matrimoniale –, e parte credente che si presta al matrimonio civile ravvisando nello stesso una semplice cerimonia richiesta dalla legge dello Stato, nel qual caso manca evidentemente un *consensus matrimonialis sufficiens*. Ai fini della *sanatio in radice*, l'*affectio coniugal*is può ricavarsi dal fatto stesso d'una convivenza *more uxorio*. Il che naturalmente si darà con maggiore probabilità nei paesi in cui, per la costituzione di uno stato di coniugio, può prescindersi da una forma iniziale di celebrazione, mentre, in quelli che non ammettono un simile *marriage by living and repute*, la comune esperienza introdurrebbe piuttosto una presunzione di mera intenzione fornicatoria.

l'avvenuta o imminente costituzione del vincolo in forza d'un distinto *atto giuridico*, regolato esclusivamente dal diritto della Chiesa – non solo non è per quest'ultima un fatto illecito, ma costituisce addirittura un fatto obbligatorio, quanto meno *indirecte et per accidens*⁴. Il matrimonio civile è riguardato, in questa ipotesi, come una mera cerimonia, posta dai cittadini in ossequio alla autorità dello Stato, nella quale i subietti semplicemente *denunciano* all'organo statale il matrimonio religioso⁵.

11. *b) Inesistenza giuridica del matrimonio religioso, in quanto tale, per gli ordinamenti secolarizzati*

D'altro canto, non può porsi in dubbio che il diritto degli Stati secolarizzati non prende in alcun modo in considerazione, ad effetti riconducibili alla *species matrimonii*, il matrimonio religioso in sé considerato. Questo – quale che sia il valore che gli attribuiscono in coscienza i contraenti – rimane per diritto dei suddetti Stati una semplice cerimonia religiosa, condizionatamente o incondizionatamente consentita, la quale non vale a costituire, modificare o estinguere situazioni giuridiche subiettive valevoli agli occhi dello Stato. (Non influisce, in particolare, sulla libertà di stato dei subietti; non integra le

⁴ Cfr. *Instructio S. Poenitentiarie* 15.1.1866: «*Ad vexationes poenasque vitandas, et ob prolis bonum, quae alioquin a laica potestate ut legitima nequaquam haberetur, tum etiam ad polygamiae periculum avertendum, opportunum et expediens videtur ut iidem fideles, postquam legitime contraxerint coram Ecclesia, se sistant actum lege decretum executuri*»; pur aggiungendo: «*ea tamen intentione ut sistendo Gubernii Officiali nil aliud faciant quam ut civilem caeremoniam exsequantur*».

⁵ Non va trascurato, ai fini di una più completa comprensione della materia, che la dottrina canonistica è unanime nel ritenere che la indissolubile connessione fra contratto e sacramento, voluta dallo stesso Redentore, implichi la necessità di negare la possibilità di matrimoni tra battezzati esistenti giuridicamente, ma nulli. «*Sarebbe stato inconcepibile* – scrive il Jemolo – *ammettere dei bona del sacramento, le grazie inerenti a questo, che durassero fino a che non fosse fatta valere la ragione di nullità, e cessassero con la pronuncia della nullità; sarebbe stato inconcepibile un matrimonio che in quanto vero, e non solo apparente, simboleggiasse l'unione mistica di Cristo e della Chiesa, il quale ad un certo momento cessasse di essere tale*» (*Il matrimonio nel diritto canonico*, Milano, 1941, pag. 298 sg.). Ma da come è impostata la questione, e tenendo presente quanto detto sui concetti di esistenza e inesistenza giuridica, parrebbe piuttosto che, nel caso, debba farsi distinzione fra *nullità assoluta* e *nullità relativa*, o annullabilità, e che quindi si discuta sui gradi della invalidità, anziché fra validità e vera e propria inesistenza o irrilevanza giuridica. Parimenti di gradi di invalidità si parla da quanti, secondo ricorda lo stesso Jemolo (*ivi*, pag. 298, n. 1), vogliono introdurre la distinzione fra matrimonio inesistente e matrimonio nullo nel diritto canonico, basandosi sulla distinzione fra matrimoni che la Chiesa sana, ammettendo la convalida semplice o concedendo la *sanatio in radice*, e matrimoni che la Chiesa non sana.

Risponde, invece, alla distinzione, fra atto esistente giuridicamente e atto non esistente giuridicamente, adottata nel testo, quella canonistica fra *matrimonium quod speciem seu figuram habet matrimonii*, e *matrimonium quod speciem seu figuram non habet matrimonii*.

fattispecie criminose della seduzione e della bigamia; non agisce come causa di estinzione dei delitti contro la libertà sessuale: e così via).

Quando il conflitto si svolge e si esaurisce fra diritto della Chiesa e diritto d'uno Stato secolarizzato, il matrimonio religioso rileverà per quest'ultimo al più come *fatto giuridico*, ad effetti ad esempio disciplinari (si pensi al matrimonio soltanto religioso di membri delle forze armate non autorizzati a contrarre civilmente) o anche civili (come nel caso della *condicio viduitatis*: qui il matrimonio religioso può integrare il *fatto sociale* avuto in mente del testatore) ma non come *atto giuridico*: come evento cioè inteso a generare gli effetti – costituzione d'un rapporto di coniugio – direttamente perseguiti dalle parti.

Dal canto suo, il principio della territorialità del diritto processuale esclude, in mancanza d'una esplicita eccezione legislativa, la competenza di qualunque autorità giurisdizionale non nazionale nel territorio dello Stato. Libera restando la facoltà delle autorità religiose di emanare, anche in tema di risoluzione di controversie matrimoniali, provvedimenti di natura giudiziale, questi rimangono privi d'un qualsiasi valore giurisdizionale per lo Stato secolarizzato. Essi non fanno cosa giudicata, con effetto preclusivo della cognizione del giudice ordinario; non determinano il sorgere o il venir meno di situazioni giuridiche subiettive, né possono, in sé presi, formare oggetto di deliberazione.

La completa secolarizzazione del matrimonio, la quale non è dopo tutto che un aspetto del processo di secolarizzazione dello Stato, porta quest'ultimo a ignorare quanto operano e statuiscano in materia le singole confessioni religiose. Per l'ordinamento dello Stato, le attività di legislazione e di giurisdizione delle Chiese rimangono, *in sé considerate*, mere attività di fatto, improduttive di immediate conseguenze di diritto.

12. *Consequente necessità d'una duplice celebrazione o d'un duplice intervento giurisdizionale*

È troppo chiaro che in tale situazione la rilevanza simultanea come matrimonio, d'uno stesso evento sociale, per il diritto della Chiesa e per quello dello Stato, appare ipotesi del tutto eventuale e, per i matrimoni dei cattolici, del tutto eccezionale.

Il matrimonio civile – a parte sempre il caso del *matrimonium legitimum* – può acquistare rilevanza per il diritto della Chiesa solo in quanto l'attività sociale, nella quale il matrimonio civile stesso si concreta, contenga elementi che siano tali da integrare, *per proprio conto*, e quindi indipendentemente

dalle qualificazioni operate dalla legge dello Stato, la fattispecie “matrimonio” compiutamente ipotizzata dal diritto della Chiesa. Ma in nessun caso il matrimonio civile fra persone battezzate acquisterà, per quest’ultimo, valore in quanto tale.

Né il matrimonio religioso, in sé considerato, avrà in alcun caso rilevanza, quale matrimonio, per l’ordinamento degli Stati secolarizzati. Qui, non sembra inoltre configurabile l’ipotesi che l’attività sociale, nella quale si concreta il matrimonio religioso, posseda i requisiti richiesti per la costituzione del vincolo civile, inerendo ai detti requisiti, negli ordinamenti laicizzati continentali – ai quali si fa specifico riferimento –, un carattere spiccatamente pubblicistico.

Ne consegue che, nella maggior parte dei casi, perché un rapporto di coniugio si stringa e produca i propri effetti tanto nell’ordinamento dello Stato quanto in quello della Chiesa, è indispensabile procedere a una duplice celebrazione, in forma civile e in forma religiosa, con l’effetto della formazione di due rapporti giuridici distinti, costituiti da norme di distinti ordinamenti e individuati giuridicamente dall’atto che è valso rispettivamente a costituirli, ciascuno dei quali ha una sua propria vita giuridica indipendente, produce un suo proprio genere di effetti, e in molti casi può incontrare, rispetto all’altro, una sorte giuridica diversa.

13. Conflitti fra ordinamenti statuali laicizzati e ordinamenti statuali di rigoroso impianto confessionale cattolico

I contrasti fra concezione laica e concezione confessionale dell’atto costitutivo del vincolo matrimoniale – quale ne sia la soluzione nell’ambito formale dell’ordinamento giuridico di ciascuno Stato, con riferimento esclusivo al diritto della Chiesa – si atteggiano in modo del tutto particolare quando la questione si sposta sul piano proprio del diritto internazionale privato e del diritto processuale civile internazionale: quando cioè non si discute più della convergenza, sullo stesso oggetto, delle leggi e delle giurisdizioni di due enti eterogenei (Stato secolarizzato e Chiesa Cattolica), operanti in un medesimo ambito sociale, ma delle leggi e delle giurisdizioni di due distinti Stati, l’uno con legislazione matrimoniale a ispirazione laica, l’altro con legislazione matrimoniale a ispirazione confessionale. Nel qual caso non si realizza più, come in quelli precedenti, una assoluta e completa situazione di conflitto, determinata dalla concorrenza di leggi e di giurisdizioni che si escludono, o quanto meno si ignorano, a vicenda, bensì una situazione del tutto caratteristica, che potrebbe dirsi di *conflitto unilaterale*, quale non si manifesta, con la medesima evidenza, in alcun altro settore del diritto privato.

Mentre, infatti, gli ordinamenti degli Stati con legislazione matrimoniale a fondamento confessionale cattolico, rigidamente inteso, mantengono un atteggiamento di ignoranza giuridica completa nei confronti degli ordinamenti distinti da quello della Chiesa, non è viceversa escluso che, attraverso il giuoco delle norme di diritto internazionale privato degli Stati secolarizzati, il matrimonio religioso cattolico acquisti per questi giuridica rilevanza quale matrimonio, in quanto possa configurarsene la *conversione* in un atto *civilmente efficace* per le leggi dello Stato estero, a cui le dette norme si indirizzano. Del pari, attraverso il giuoco delle norme di diritto processuale civile internazionale degli Stati secolarizzati, acquistano per essi rilevanza di sentenze le eventuali attività di natura giurisdizionale svolte dai tribunali della Chiesa, allorché, ancor qui, possa configurarsene la *conversione* in decisioni *civilmente efficaci* per gli ordinamenti degli Stati esteri riferiti.

14. a) *Gli ordinamenti di rigoroso impianto confessionale: irrilevanza giuridica del matrimonio civile contratto negli ordinamenti secolarizzati*

Il riconoscimento, postulato dal diritto degli Stati a ispirazione confessionale cattolica, non soltanto della natura sacramentale del vincolo matrimoniale, ma anche della inscindibilità del sacramento dal contratto, non può andare ovviamente disgiunto, per essere completo, dalla accettazione della esclusiva competenza in materia della gerarchia ecclesiastica.

Si tratta di una competenza legislativa e giurisdizionale alla quale la Chiesa stessa non potrebbe rinunciare, giacché le è demandata dalle norme d'un *sistema superiore di diritto*, risultante dalla ragione e dalla volontà di Dio, che assegna e circoscrive i compiti spettanti a ciascuna autorità terrena. Secondo la visione cattolica dell'ordine giuridico, l'esistenza di tale ordinamento preminente, implicata dall'idea medesima di un Dio personale e legislatore, è un dogma ineluttabile di fede. La sua giuridicità non dipende in nulla dalla volontà di alcun altro legislatore umano. Uno Stato cattolico, se tale, non può non conformare il proprio ordinamento a quello superiore, accettando in primo luogo la ripartizione, superiormente disposta, fra competenza propria e competenza della Chiesa (*quae Caesaris Caesari, quae Dei Deo*); non può non riconoscere in particolare la esclusiva competenza, legislativa e giurisdizionale, della Chiesa in materia di formazione del contratto-sacramento, e, conseguentemente, la assoluta incompetenza non soltanto propria, ma di qualunque altro potere secolare o religioso.

Se ne può trarre facilmente – ed è quanto interessa fare in questa sede – che gli Stati, rimasti fedeli a una rigida concezione confessionale cattolica del

matrimonio, non possono, senza venir meno ai propri presupposti, istituire, in materia di legittima formazione del rapporto di coniugio, alcun sistema di diritto internazionale privato, o altro analogo, diretto a regolare gli atti che presentano elementi di estraneità rispetto alla vita societaria nazionale. Né possono istituire alcun sistema di diritto processuale civile internazionale, tendente alla assunzione, ai propri effetti, delle decisioni emesse dagli organi statuali giurisdizionali esteri.

Gli Stati cattolici, in quanto tali e finché tali, non possono non sostituire, ai sistemi di diritto internazionale privato e di diritto processuale civile internazionale, altri d'un genere diverso per essenza e per funzione: con i quali si limitino a constatare la propria incompetenza, postulando in pari tempo la competenza esclusiva della Chiesa; con i quali, pertanto, si limitino ad assumere il matrimonio fra cattolici – onde collegargli i *mere civiles effectus* – come il prodotto, il *risultato del funzionamento del diritto canonico*; e si limitino a prender atto – onde fare venir meno quegli effetti – della cessazione del matrimonio stesso, in dipendenza della giurisdizione *in foro externo* della Chiesa⁶.

Sul funzionamento d'un tal genere diverso di norme di conflitto non

⁶ È stato sostenuto, per differenziare i riferimenti di diritto internazionale privato dai riferimenti effettuati dal diritto dello Stato a quello della Chiesa, che con i primi lo Stato intende *coordinarsi* con gli ordinamenti giuridici degli Stati stranieri «*in quanto tali ordinamenti sono considerati come decisivi in una determinata sfera*», nel mentre lo Stato stesso «*non considera l'ordinamento canonico come decisivo in ordine a determinati rapporti, come aventi una sfera di efficacia distinta e magari contrapposta a quella del proprio ordinamento o a quella degli altri ordinamenti statuali stranieri*»; per cui, «*se lo Stato richiama il diritto canonico, non è già perché consideri le norme di tale diritto valide, in una qualche sfera sottratta al suo potere, come è nella 'ratio' delle norme di diritto internazionale privato, bensì perché lo Stato stesso adotta come propri i fini della Chiesa e considera la Chiesa sola idonea a formulare quel regolamento del rapporto che risponde alla natura di questo*» (Quadri, *Richiami al diritto canonico e diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. intern.*, 1942, pag. 241 sgg.).

Tale tesi non può essere accettata. Essa non rispecchia infatti il reale atteggiamento degli Stati cattolici, che son poi quelli che al diritto della Chiesa fanno più spesso riferimento e, in ogni caso, un riferimento più completo. Essi non richiamano il diritto della Chiesa sol perché ritengono che «*materialmente i processi di produzione di tale ordinamento siano rispondenti ai fini dell'ordinamento proprio*», sì da aver riguardo «*eventualmente e soltanto alla rispondenza 'materiale' della disciplina*»; ma demandano la regolamentazione di date materie al diritto della Chiesa proprio in considerazione della *forma di tale ordinamento*, della derivazione e dipendenza cioè di quella regolamentazione da una *data* fonte, in quanto *unica* fonte competente ad emanarla.

Sicché, mentre il riferimento di diritto internazionale privato presuppone per così dire un 'concorso di competenze' su un determinato oggetto fra i legislatori dei diversi Stati, e afferma una mera 'preferenza nella concorrenza', quello al diritto della Chiesa segna, all'opposto, negli ordinamenti giuridici degli Stati cattolici, non solo una 'preclusione assoluta' alla attività legislativa e giurisdizionale degli Stati stessi, ma il 'disconoscimento' della competenza, e quindi della legittimità 'intrinseca' in materia, di ogni altro ordinamento di carattere statale, per consentire il libero svolgimento di attività legislative e giurisdizionali 'ritenute proprie ed esclusive della Chiesa', e delle quali quegli Stati risentono solo di riflesso, assumendone i *risultati* ai propri effetti.

influisce, né può influire, il fatto della estraneità rispetto alla vita nazionale dell'evento sociale cui inerisce la qualifica di matrimonio. Poiché l'imperio del diritto della Chiesa (la cui esclusiva competenza, legislativa e giurisdizionale, si dà per postulata dallo Stato) è spazialmente illimitato – ne viene che per la Chiesa stessa, e quindi di riflesso per lo Stato, rimangono irrilevanti i confini di carattere politico, i quali, se distinguono quelle secolari, non attengono alla *societas hominum viatorum*⁷.

La riserva in favore della Chiesa (quanto agli *essentialia matrimonii*) non può dipendere, negli Stati rigidamente cattolici, dal fatto della appartenenza ad essi degli sposi, o della celebrazione del matrimonio nel loro territorio, o dal fatto della operatività in questo del tribunale ecclesiastico al quale sia rivolta la domanda giudiziale, bensì dalla natura stessa della materia, indipendentemente da ogni limite spaziale e subiettivo. Sicché, per essi, il matrimonio religioso avrà valore dovunque contratto e fra chiunque – purché si tratti di subietti idonei, per il diritto canonico, ad accedervi –; così come avrà valore la *declaratio nullitatis*, ovunque pronunciata, da qualsiasi competente giudice ecclesiastico.

Resta del tutto indifferente, sia nell'uno sia nell'altro caso, che il matrimonio religioso valga altresì come matrimonio civilmente efficace per il diritto d'altri Stati, o che, per il diritto d'altri Stati, abbia civile rilevanza la *declaratio nullitatis* ecclesiastica. Per il diritto degli Stati a fondamento confessionale rigidamente cattolico, si riproduce, e non potrebbe essere altrimenti, la posizione di totale ignoranza giuridica verso il matrimonio civile in sé considerato, che si è vista essere propria del diritto della Chiesa.

⁷ Per trovare, in materia matrimoniale e in relazione a quest'ultima *societas*, un rapporto che possa dirsi di vita reale esterna – analogamente a quelli collegati in via di fatto con la vita di più società organizzate a Stato – occorre riferirsi ai casi di matrimoni misti, contratti fra membri della Chiesa ed infedeli. In essi, data la riconosciuta competenza *in infideles* del legislatore secolare e salvo sempre il vigore universale dei precetti di diritto divino naturale, si instaura effettivamente un sistema di norme di conflitto – raccostabili per taluni aspetti a quelle di diritto internazionale privato – che conducono a una speciale combinazione fra diritto della Chiesa e diritto dello Stato, concorrenti entrambi alla legittima formazione del rapporto. Anche in questo caso, peraltro, per quanto non sia certa la natura sacramentale del matrimonio, ogni giudizio su di esso è riservato alla esclusiva competenza del giudice ecclesiastico, in quanto il matrimonio è contratto comunque *auctoritate Ecclesiae*: senza considerare che almeno la parte fedele soggiace, in materia matrimoniale, all'imperio esclusivo del diritto della Chiesa.

15. *b) Gli ordinamenti secolarizzati: possibile rilevanza giuridica indiretta del matrimonio religioso cattolico*

Per quanto concerne invece gli Stati secolarizzati, non si frappone *a priori* alcuna pregiudiziale di carattere dogmatico a che gli stessi facciano ricorso in materia matrimoniale a riferimenti di diritto internazionale privato. Questi Stati, riconoscendo al matrimonio una natura essenziale contrattuale, non hanno difficoltà a sottoporne la regolamentazione, al pari di quella degli altri istituti del diritto privato, ai normali limiti spaziali e subiettivi di quest'ultimo, seguendo, per i matrimoni dotati di carattere di estraneità, i medesimi criteri di regolamentazione indiretta accolti per le altre attività di rilevanza esterna.

Le stesse esigenze statualistiche, che si sono inserite nel movimento per la secolarizzazione del matrimonio e si manifestano sul piano dei rapporti di diritto interno nella affermazione del principio della obbligatorietà o territorialità delle forme nazionali di celebrazione, dato il carattere essenzialmente pubblicistico di queste, non hanno ragione di sussistere sul piano dei rapporti di commercio giuridico internazionale, formati al di fuori della organizzazione dello Stato nazionale. Qui la statualità dell'atto formativo del rapporto rimane solo un elemento di riflesso, dovuto al modo stesso dei riferimenti di diritto internazionale privato, i quali – ispirandosi praticamente alla stessa visione a fondamento statualistico dell'ordine giuridico – stabiliscono criteri di connessione fra ordinamenti giuridici di carattere statale.

Agli Stati secolarizzati non interessa tanto che il matrimonio contratto all'estero sorga in un modo o nell'altro, in una forma specifica o nell'altra, quanto che esso si presenti, nel luogo di celebrazione, con il crisma – anche indirettamente impresso – della legalità (e quindi della statualità, dato appunto il modo dei riferimenti di diritto internazionale privato) e che possenga, materialmente parlando, le caratteristiche essenziali che costituiscono il comune denominatore del tipo 'matrimonio'. In particolare, fatte salve tali condizioni, allo Stato, sia pur esso totalmente laicizzato, può riuscire dopo tutto indifferente che la celebrazione del matrimonio all'estero sia avvenuta dinanzi all'ufficiale dello stato civile laico o religioso, ovvero che lo Stato locale abbia dato efficacia nel proprio ordinamento al fatto 'matrimonio religioso', nella formazione del quale non sia direttamente intervenuto.

Donde la indiretta rilevanza del matrimonio religioso, per il tramite d'una legge statale straniera a fondamento confessionale richiamata da una norma nazionale di diritto internazionale privato, ogni volta che possa configurarsi la 'conversione' del matrimonio religioso in atto estero civilmente efficace, attraverso la conversione della legge religiosa, che quel matrimonio costituisce e regge, in legge estera statualmente efficace, e quindi richiamabile dal

sistema nazionale delle norme di diritto internazionale privato.

Non può porsi, è vero, in discussione che il riferimento di diritto internazionale privato si indirizzi a sistemi normativi esteri di carattere statale. Non vi è dubbio infatti che, se si prescinde da taluni casi, i criteri di collegamento procedono alla individuazione degli ordinamenti, che devono regolare materialmente i rapporti dedotti a oggetto delle norme di rinvio, solo attraverso la individuazione dei relativi Stati portatori. Ma ciò non significa che il riconoscimento di diritto internazionale privato debba rimanere circoscritto alle sole norme giuridiche direttamente poste dalle fonti di produzione normativa formalmente proprie dell'ordinamento rinviato. Rilevando quest'ultimo nel complesso organico di tutte le sue norme comunque componenti – possono rientrare nel detto riferimento anche norme che, non statuali per origine, assumano non di meno rilevanza di regole di condotta nel sistema normativo riferito: quindi anche le norme del diritto della Chiesa, alle quali sia riconosciuta una sfera di efficacia normativa nell'ambito di tale ordinamento, o rispetto ad esso.

E ciò non deve intendersi soltanto nel senso che il diritto canonico possa rilevare – agli effetti del funzionamento delle norme di diritto internazionale privato degli Stati secolarizzati – soltanto se appaia 'nazionalizzato' dal diritto di quelli rinviiati, ma anche nel caso che non si abbia in alcun modo una simile nazionalizzazione (che importerebbe un trasferimento di contenuti normativi dal diritto della Chiesa a quello dello Stato) ma il diritto degli Stati confessionali rinviiati si limiti ad assumere, ai propri effetti, il fatto "*matrimonio religioso*", quale risultante dal funzionamento del diritto della Chiesa.

In materia non può farsi – come pure si è voluto da più parti – una applicazione pura e semplice dei principi che reggono i conflitti cosiddetti inter-regionali ed inter-personali. Questi possono riferirsi propriamente a ordinamenti non statuali, 'derivati formalmente' da quello dello Stato estero designato, i quali quindi si trovino in una posizione di subordinazione formale rispetto a questo: laddove occorre far ricorso a criteri di più vasto raggio, che valgano a far rientrare, nella designazione «legge», operata dalla norma di diritto internazionale privato, non solo le norme giuridiche riconducibili per la forma alla fonte statale straniera designata, ma anche quelle che sono da questa semplicemente 'presupposte' e che rilevano per essa non già direttamente, nel loro contenuto normativo, bensì indirettamente nei loro risultati. Rilevano perciò le norme che '*vigono nello Stato e per lo Stato*', pur non facendo formalmente parte dell'ordinamento giuridico del quale lo Stato stesso è portatore; non invece quelle che, pur vigendo nella società di cui lo Stato è strumento e modo di organizzazione, sono da questo ignorate o addirittura ripudiate.

Se non si accogliesse una nozione così ampia e comprensiva delle norme rinviate – ma si facesse nella specie applicazione pura e semplice dei principi che reggono i conflitti cosiddetti inter-regionali e inter-personali – ne conseguirebbe che i riferimenti di diritto internazionale privato ai diritti degli Stati confessionali nella maggior parte dei casi cadrebbero nel vuoto e verrebbero meno alla loro specifica funzione. Sta di fatto che la forma ordinaria di riferimento dal diritto degli Stati cattolici a quello della Chiesa riveste il carattere del ‘rinvio formale’, inteso nel senso di ‘rinvio di presupposizione’, in dipendenza del quale l’ordinamento rinviante – ammettendo implicitamente l’esistenza accanto a sé di altri ordinamenti e la legittimità intrinseca di essi – adotta ai propri effetti le situazioni giuridiche concrete che ne rappresentano il prodotto, senza attribuire una diretta rilevanza formale, o anche solo materiale, alle norme in tal modo riferite, ma assumendone la ‘efficacia’ nel loro ambito formale originario.

16. *Possibile rilevanza indiretta dell’ordinamento canonico: sia per la forma, sia per la sostanza*

Quanto si è dianzi detto vale tanto per i riferimenti alla forma del matrimonio quanto per quelli alla sostanza. In tutti i casi in cui si abbia, da parte di uno Stato secolarizzato, un riferimento di diritto internazionale privato all’ordinamento giuridico di uno Stato estero, informato, in materia matrimoniale, a una rigida osservanza dei dettami della Chiesa – il contenuto delle norme riferite sarà quello canonistico, indipendentemente dalla considerazione che il riferimento avvenga per la regolamentazione dei requisiti intrinseci o di quelli estrinseci dell’atto formativo del rapporto.

L’opinione opposta (per la quale quando il giudice d’uno Stato secolarizzato conosce d’una causa di nullità fra coniugi stranieri, cittadini d’uno Stato confessionale, non può qualificare il rapporto se non secondo le norme del proprio ordinamento, quindi come matrimonio civile, anche se si tratta di matrimonio celebrato in forma canonica, di modo che, operata una siffatta qualificazione, il giudice stesso applicherà, sempre alla sostanza, le norme del codice civile straniero non quelle del codice canonico) non appare sostenibile. Essa presenta al più una apparenza di esattezza, per riguardo a quegli ordinamenti che, come l’italiano post-concordatario, richiedono la trascrizione del matrimonio, o altre formalità analoghe, a che lo stesso produca gli effetti civili, e possono pertanto ingenerare, nel giudice straniero, l’equivoco che la trascrizione, e le formalità che la precedono, rappresentino la forma del matrimonio, regolata dalla legge dello Stato. Ma – per riguardo ad altri ordi-

namenti che riconoscono puramente e semplicemente la forma religiosa – la distinzione esaminata manca anche di tale apparente fondamento.

Non si vede, infatti, perché l'individuazione delle norme rinviate dal sistema nazionale di diritto internazionale privato dovrebbe sottostare a criteri discordanti secondo che il riferimento abbia per oggetto la forma o la sostanza del matrimonio. Nell'uno e nell'altro caso, il rinvio è effettuato a un ordinamento, individuato attraverso la designazione dello Stato estero gestore, che può essere, in dipendenza dei suoi propri criteri interni sulla divisione delle competenze, un ordinamento semplice o composto: sicché – nell'accertare le norme straniere specificamente designate da quelle nazionali di rinvio – bisogna tener conto dei detti criteri interni sulle competenze [salvo il caso del riferimento ad altri ordinamenti di pari carattere statale: cfr. art. 30 delle disposizioni sulle leggi in generale del codice civile italiano] e sottostare ad essi, quale che sia l'aspetto del negozio dedotto a oggetto del riferimento di diritto internazionale privato.

Di conseguenza, per tornare alla tesi esaminata, o si ammette che il matrimonio è retto per la forma dalla legislazione canonica rinviata da quella dello Stato estero, e allora, per la equivalenza dei riferimenti alla forma e di quelli alla sostanza, ne viene che anche i secondi vanno regolati dalla legislazione canonica; o, inversamente, si sostiene che il matrimonio è retto nella sostanza dalla legge civile estera, e allora bisogna convenire, sempre per la detta equivalenza, che lo stesso sia retto dalla legge civile anche per la forma. Con la conseguenza che non si avrebbe neppure la possibilità di un giudicato nazionale sui presupposti di sostanza d'un matrimonio celebrato all'estero dai cittadini dello Stato locale nella forma religiosa ivi consentita, non potendo il giudice nazionale prendere in esame la 'validità' d'un matrimonio che sarebbe in effetti 'giuridicamente irrilevante' per la mancanza assoluta d'una forma idonea.

La dissociazione fra regolamentazione (canonica) dei requisiti di forma e regolamentazione (laica) dei requisiti di sostanza si giustificherebbe soltanto nei casi in cui il riferimento, effettuato dalle norme nazionali di diritto internazionale privato, s'indirizzasse per la forma alle leggi di uno Stato (confessionale) e per la sostanza a quelle di un altro (laico), ovvero nei casi in cui tale seconda competenza fosse riservata alla medesima legge nazionale. Può aversi, del resto, una dissociazione inversa nel caso in cui le norme di diritto internazionale privato si riferiscono per la forma alle leggi di uno Stato (laico) e per la sostanza a quelle d'un altro Stato (confessionale).

17. Possibile rilevanza indiretta delle sentenze ecclesiastiche

Non esiste del pari alcuna pregiudiziale aprioristica a che lo Stato secolarizzato riconosca le attività di giurisdizione degli Stati esteri in merito alla stessa legittima formazione del negozio. Speciali considerazioni di carattere politico possono indurlo ad adeguare i criteri sulla competenza giudiziaria a quelli sulla competenza legislativa, o mediante l'apposizione della condizione che le sentenze estere siano pronunciate ai sensi della legge sostanziale designata dalla norma nazionale di diritto internazionale privato, o attraverso la proclamazione della coincidenza fra competenza legislativa e competenza giudiziale. Ma si tratta comunque di atteggiamenti dettati da considerazioni di opportunità del tutto relative e contingenti, superate di fatto nella maggior parte dei moderni ordinamenti⁸.

Condizione ricorrente per il riconoscimento delle sentenze estere – non conta se in materia matrimoniale o in altre – è, invece, che le stesse abbiano carattere statale. Si constata, infatti, facilmente come le norme di diritto processuale civile internazionale, avvalendosi di criteri territoriali di delimitazione delle competenze fra enti indipendenti e sovrani, tendano manifestamente a stabilire una connessione di funzionamento fra ordinamenti giuridici statuali (si vedano ad esempio i nn. 1-4 dell'art. 797 c.p.c. italiano). Sicché, come si è esclusa la delibabilità, da parte d'uno Stato secolarizzato, delle sentenze di nullità matrimoniale emanate sul suo territorio da giudici ecclesiastici, alle stesse conclusioni deve giungersi nel caso che le sentenze siano state pronunciate da tribunali della Chiesa operanti sul territorio di altri Stati.

Senonché, mentre nel caso precedente una deroga al principio della esclusiva appartenenza allo Stato della giurisdizione nel proprio territorio poteva essere recata solo mediante una dichiarazione legislativa esplicita, qui non può escludersi viceversa la possibilità d'una conversione, per il tramite degli ordinamenti statuali stranieri, riferiti dalle norme nazionali di diritto processuale civile internazionale, della sentenza ecclesiastica in sentenza straniera civilmente efficace, delibabile nei modi ordinari.

A tal riguardo non appare indispensabile che le sentenze pronunciate all'estero da giudici ecclesiastici risultino imputabili all'ordinamento statale

⁸ Il primo atteggiamento salvaguarda il principio di diritto nazionale che presiede alla direzione dei rinvii di diritto internazionale privato, garantendo ai singoli rapporti un determinato e costante significato giuridico per l'ordinamento nazionale, ma trascura, almeno in parte, la diversa esigenza di assicurare ai rapporti stessi una sorte comune nei diversi ordinamenti. Il secondo conduce in ultimo a una vera e propria soppressione del problema di diritto internazionale privato, giacché, nel caso, finirebbero per giudicare dei rapporti «*i magistrati detto Stato che è competente a regolarli*» (Salvioli, *Su alcune questioni circa la competenza*, in *Riv. dir. internaz.*, 1919, pagg. 377 sgg.).

straniero designato dalle norme di diritto processuale civile internazionale, nel senso che vi si presentino quali equivalenti a una sentenza propria dello Stato gestore di quell'ordinamento, imputazione che deve escludersi di massima. Ma – analogamente a quanto si è visto per il problema di diritto internazionale privato – sembra possibile considerare *lato sensu* statuale l'atto giurisdizionale che, secondo il diritto locale riferito, ha vigore di sentenza nel territorio dello Stato estero, incidendo su rapporti giuridicamente rilevanti per il relativo ordinamento (restando interne ai singoli sistemi normativi esteri le qualificazioni che gli stessi facciano delle loro relazioni con la Chiesa). Per cui – se si riscontra che lo Stato, nel territorio del quale il tribunale ecclesiastico ha emanato la propria decisione, riconosce ad esso una sfera di competenza ordinaria che sottrae ai tribunali nazionali – non vi è motivo di negare *a priori* (agli effetti del funzionamento del sistema nazionale di diritto processuale civile internazionale) la riferibilità di quella decisione allo Stato locale e di farla rientrare quindi nel numero delle sentenze estere delibabili⁹.

Né può influire su tale delibabilità – almeno per quanto concerne il nostro ordinamento – la circostanza che le sentenze ecclesiastiche in materia matrimoniale, riconosciute a effetti civili dalle leggi degli Stati designati dalle norme nazionali di diritto processuale civile internazionale, si riferiscano a matrimoni contratti in forma canonica dai cittadini di 'tali' Stati, e applichino quindi una legge (la canonica) indirettamente riferita dalle norme nazionali di diritto internazionale privato, ovvero che le sentenze stesse si riferiscano a matrimo-

⁹ Può solo sorgere qualche difficoltà di carattere pratico nello stabilire con esattezza quale sia l'oggetto specifico del giudizio di delibazione, nei casi in cui le sentenze ecclesiastiche, anziché direttamente, ottengano efficacia per l'ordine straniero solo attraverso un intervento degli organi locali di giurisdizione. [La questione è stata posta per esempio per quanto concerne le sentenze ecclesiastiche di nullità del matrimonio concordatario rese esecutive in Italia con ordinanza della Corte d'Appello competente. Al riguardo si discute se oggetto della delibazione all'estero debba essere l'ordinanza della Corte d'Appello, e quindi un provvedimento retto esclusivamente dalla legge italiana (Giacchi), ovvero il complesso costituito dalla sentenza ecclesiastica dichiarativa della nullità, corredata dall'apposito decreto della Signatura Apostolica, e dalla ordinanza della Corte d'Appello competente (Jemolo)]. Maggiori difficoltà presenta il caso che – dati i criteri personali e non locali che presiedono alla competenza del giudice ecclesiastico e data la possibilità che il giudice di primo grado risieda nel territorio d'uno Stato diverso da quello in cui agisce il giudice di 2° o di 3° grado – ottengano rilievo, in uno Stato straniero a fondamento confessionale, sentenze emanate da un giudice ecclesiastico materialmente residente nel territorio di un terzo Stato (come accadeva un tempo, prima della restaurazione della *Sacra Rota Madrilena*, per le questioni di nullità dei matrimoni cattolici spagnoli, molto spesso risolte, in ultima istanza, presso il Tribunale della *Sacra Romana Rota*, avente sede in territorio italiano).

Si tratta evidentemente di problemi che possono ricevere diverse soluzioni a seconda del modo d'essere delle norme di diritto processuale civile internazionale accolte nei diversi ordinamenti, e che vanno valutate quindi in sede di interpretazione di ciascun ordinamento assunto a oggetto specifico di indagine dogmatica.

ni religiosi contratti da cittadini di 'altri' Stati, e applichino quindi la legge canonica, neppure indirettamente riferita, nel caso, dalle norme nazionali di diritto internazionale privato sugli elementi sostanziali del negozio. Il sistema delle nostre norme di diritto processuale civile internazionale non comporta, infatti, com'è noto, che la dichiarazione di efficacia nello Stato d'una sentenza straniera debba essere subordinata alla condizione che questa abbia deciso il caso sulla base della legge sostanziale designata dalle norme italiane di diritto internazionale privato. Sempreché naturalmente la decisione estera incida, nella specie, sul rapporto matrimoniale 'giuridicamente rilevante' per l'ordinamento referente: ché – se la sentenza ecclesiastica, pur statualmente efficace nell'ordinamento designato dalla norma nazionale di diritto processuale civile internazionale, riguardasse, viceversa, un matrimonio religioso, il quale non acquisti, per il giuoco delle norme nazionali di diritto internazionale privato, rilevanza giuridica per l'ordinamento referente – il relativo riconoscimento non potrebbe ovviamente avere corso, per i medesimi motivi per i quali non si è ammesso la deducibilità in giudizio della inesistenza giuridica d'un fatto o d'un rapporto. Mancherebbe, nel caso, oltre tutto, l'interesse giuridico ad agire per la delibazione del giudicato estero.

Il che vale nella stessa ipotesi che alla celebrazione civile – idonea a costituire il rapporto per l'ordinamento dello Stato referente, in forza della norma di diritto internazionale privato sulla forma degli atti fra vivi vigente in esso ordinamento – si sia accompagnata, come spesso accade, la celebrazione religiosa. Si è qui in presenza di due distinti rapporti coniugali, dei quali uno solo è valevole per l'ordinamento dello Stato referente, ed è l'atto iniziale di celebrazione a consentirne la individuazione giuridica¹⁰.

¹⁰ Un atto giurisdizionale unico potrà ottenere efficacia tanto negli Stati laicizzati quanto in quelli a fondamento confessionale, attraverso i procedimenti previsti dai rispettivi ordinamenti, soltanto quando lo stesso si presenti in pari tempo come atto giurisdizionale della Chiesa e atto giurisdizionale civilmente efficace per l'ordinamento statale estero, riferito dal sistema di diritto processuale civile internazionale dello Stato laico. Altrimenti sarà necessaria, perché il matrimonio cessi i suoi effetti in entrambi gli ordinamenti, una doppia dichiarazione giudiziale di nullità. Ora – nel caso che, per la valida costituzione del vincolo matrimoniale, tanto per gli ordinamenti laici quanto per quelli confessionali, sia stato sufficiente porre un solo atto di celebrazione (cerimonia religiosa nel territorio di uno Stato che la riconosca forma idonea di celebrazione) – la necessità di ricorrere alla doppia dichiarazione giudiziale è una ipotesi eventuale; mentre – nei casi in cui per la valida costituzione del vincolo nei detti ordinamenti sia occorsa una duplice cerimonia – quel ricorso è inevitabile. Un medesimo e unico atto giurisdizionale non potrebbe infatti contemplare a un tempo i due matrimoni dei quali uno solo appare giuridicamente rilevante, ed è quello fatto oggetto della pronuncia, mentre l'altro rimane nel mondo dei rapporti di solo fatto, che non possono di per sé costituire oggetto principale di giudizio, sia che la dichiarazione di nullità si configuri come sentenza costitutiva, sia che la si riguardi come sentenza di mero accertamento. Senza dimenticare che una eventuale sentenza ecclesiastica, che dichiarasse la inesistenza giuridica di un matrimonio civile come tale, urterebbe indubbiamente contro l'ordine pubblico internazionale degli Stati secolarizzati.

18. *Ricorso al limite dell'ordine pubblico internazionale: sua funzione cosiddetta "permissiva"*

L'efficacia delle leggi e delle sentenze ecclesiastiche – rinviate rispettivamente dalle norme di diritto internazionale privato e di diritto processuale civile internazionale degli Stati secolarizzati, in quanto appaiono convertite in leggi e sentenze civilmente efficaci per l'ordinamento dello Stato cui le dette norme si indirizzano – non si sottrae naturalmente al vaglio della non contrarietà ai principi di ordine pubblico internazionale dell'ordinamento rinviate. Si tratta per altro di un limite che ricorre, nella materia qui trattata, in ipotesi piuttosto eccezionali – salvo il caso dei vizi e delle limitazioni del consenso – e che comunque conduce in sede extra-dogmatica a conflitti che non si svolgono sul piano della 'rilevanza-irrilevanza giuridica', ma su quello della 'validità-invalidità', quindi nel più vasto ambito della 'esistenza giuridica'. Si darà validità nell'ordinamento referente di matrimoni invalidi in quello riferito: cosiddetta 'funzione permissiva' dell'ordine pubblico internazionale. Con le conseguenze negative attenuate alle quali si è accennato: cfr. n. 8.

Si deve infatti escludere senz'altro che il limite dell'ordine pubblico internazionale intervenga a paralizzare il funzionamento della norma *locus regit actum*, ogni qual volta ci si trova di fronte a un riferimento a ordinamenti di Stati a ispirazione confessionale, con il che, risolvendosi il conflitto nella stessa 'irricoscibilità giuridica' come matrimonio dell'evento sociale, si avrebbe in effetti la 'inesistenza giuridica', per l'ordinamento laicizzato referente, del matrimonio religioso contratto all'estero.

L'idea opposta potrebbe derivare dalla assunzione del principio della secolarizzazione del matrimonio quale principio esso stesso d'ordine pubblico internazionale, e non già semplicemente, come si dovrebbe, quale 'strumento' di cui il legislatore si avvale per raggiungere i suoi fini; per tutelare cioè gli interessi sociali che egli, nel suo sovrano apprezzamento, ritiene preminenti, interessi che per tanto sono essi, ed essi soli, di ordine pubblico internazionale. La secolarizzazione del matrimonio non è già fine a se stessa, ma tende precipuamente ad affermare, dal lato formale, la competenza legislativa e giurisdizionale dello Stato in merito alla legittima formazione del rapporto di coniugio, e a tutelare, dal lato sostanziale, la libertà di coscienza e l'uguaglianza dei singoli di fronte alla legge civile, libertà di coscienza ed uguaglianza che si pongono come finalità ultime di una organica regolamentazione normativa. Questa si concreta in un complesso di regole giuridiche che concorrono 'nel loro insieme' alla realizzazione di quei fini. Sicché la contrarietà ad una singola norma nazionale sulla secolarizzazione d'una legge straniera rinviata o di una sentenza straniera dedotta a oggetto di delibazione, non importa violazione

dell'ordine pubblico del sistema nazionale se non nei casi in cui essa ridondi effettivamente nella violazione di uno dei detti interessi preminenti, che non solo la singola norma derogata, ma il complesso dell'ordinamento tende a tutelare¹¹.

E anche in questi casi non si ha un funzionamento dell'ordine pubblico internazionale consistente nella sostituzione della legge nazionale a quella straniera richiamata, rivelatasi inapplicabile per il proprio contenuto – con il che si avrebbe appunto la 'inesistenza giuridica' del matrimonio religioso contratto all'estero, il quale non potrebbe evidentemente venire, in alcun modo, rapportato alla fattispecie astratta ipotizzata dalla legge nazionale – ma prevale un generico *favor matrimonii*, con una specie di sanazione del matrimonio estero contratto in modo non del tutto rispondente alle leggi straniere (per quella parte in cui tali leggi si dimostrano contrarie all'ordine pubblico internazionale dell'ordinamento referente).

Più frequente è invece il caso che il limite dell'ordine pubblico internazionale impedisca l'efficacia di una norma o di una sentenza ecclesiastica, rinviata, sui requisiti intrinseci dell'atto formativo del rapporto.

La configurazione essenzialmente privatistica dell'istituto per il diritto della Chiesa e la inerenza necessaria del contratto al sacramento portano il diritto canonico – e per esso il diritto degli Stati a ispirazione confessionale cattolica – a dare uno specialissimo rilievo all'elemento della volontà. Il contraente o i contraenti non posson bensì imporre una determinazione autonoma del contenuto del negozio, nel senso che essi possano in qualche modo, con la loro volontà, modificare il regime del vincolo, disciplinato per intero dal legislatore canonico. Essi possono solo consentire o non consentire di assumere il vincolo. Ma – in ciò – la loro volontà *effettiva* è del tutto determinante e insostituibile. Condizionare il contratto significa condizionare per ciò stesso il sacramento, e quindi determinarne la inesistenza di fatto nel caso di mancato avveramento

¹¹ Nei paesi dove il matrimonio religioso è facoltativo rispetto a quello civile, gli stranieri avranno lo stesso diritto di scelta dei sudditi locali, mentre essi dovranno sottostare alle disposizioni della *lex loci*, ove questa prescriva la sola forma religiosa. Nel caso invece che le leggi locali impongano il matrimonio religioso ai cattolici, finché restino tali (Spagna), permettendo il matrimonio civile ai soli acattolici, oppure a quei cattolici che a causa di impedimenti posti dalla Chiesa, ma non riconosciuti dallo Stato, non possono celebrare il matrimonio ecclesiastico – la dichiarazione, da parte del tribunale di uno Stato laicizzato, della nullità formale d'un matrimonio contratto nel paese considerato da propri cittadini in forma civile, comporterebbe l'applicazione di norme straniere che contemplano discriminazioni fra i subietti dipendenti dalla religione professata, e che non tengono conto del principio di libertà di coscienza dei subietti stessi.

Contrastante, invece, con la concezione pubblicistica dell'atto costitutivo del matrimonio, proprio degli ordinamenti laicizzati continentali, sarebbe l'ammissione della forma clandestina di celebrazione (cod. civ. spagnolo del 1889, art. 69).

dell'evento dedotto a condizione; negare una qualità essenziale del contratto è negare il sacramento, con i medesimi effetti che si produrrebbero ove la volontà fosse addirittura diretta a escludere lo stesso sacramento.

Le norme canoniche al riguardo non possono ovviamente avere esecuzione (né diretta, attraverso il funzionamento del sistema di diritto internazionale privato, né indiretta attraverso il funzionamento del sistema di diritto processuale civile internazionale) negli ordinamenti laicizzati che danno – come il nostro – un rilievo spiccatamente pubblicistico all'atto formativo del rapporto di coniugio (attraverso, tra l'altro, una manifesta prevalenza, sulla volontà effettiva delle parti, dei criteri dell'affidamento).

Del pari, la visione canonistica non egualitaria della società – con le affermate distinzioni in questa fra fedeli ed infedeli, fra cattolici eretici e scismatici, fra chierici e secolari, dotati ciascuno di un distinto *status* giuridico subiettivo – influenzano profondamente il sistema legislativo della Chiesa in ordine alla determinazione della capacità alle nozze dei subietti e alla apposizione di speciali impedimenti (senza considerare quelli che discendono da speciali relazioni fra subietti, fondate sulla comune partecipazione a un sacramento).

Si tratta di situazioni giuridiche che, per i cattolici, attengono ai subietti, in molti casi, indipendentemente da una loro effettiva partecipazione, originaria o successiva, ai principi dogmatici che ne costituiscono il motivo, e che, in altri, pur essendo volontariamente assunti, permangono in perpetuo, indipendentemente da ogni ulteriore partecipazione subiettiva. Esse rispondono, nell'uno e nell'altro caso, a esigenze di verità del tutto insindacabili dal libero apprezzamento dei subietti: *ius ad abusum absurdum*. Talché, un riconoscimento – diretto o indiretto – delle relative norme canoniche non può non contraddire ai principi basilari dei sistemi normativi degli Stati laicizzati, storicamente conformati alle concezioni illuministiche dapprima e quindi a quelle liberali, che al principio di gerarchia oppongono quello di uguaglianza e al principio di verità, sorretta dalla *auctoritas pastorum*, quello del libero e personale apprezzamento dei subietti (libertà di coscienza, libertà di religione e verso la religione)¹².

¹² Non vi può essere difficoltà a negare la compatibilità con i principi di ordine pubblico internazionale d'uno Stato laicizzato, a ispirazione liberale, dell'impedimento al matrimonio dipendente dal culto professato dai nubendi. Uno Stato che non ammetta, agli effetti del godimento dei diritti civili, alcuna discriminazione per motivi religiosi fra i propri cittadini – e che a questi riconosca nello stesso tempo la libertà civile di aderire a una qualsiasi confessione, indipendentemente dall'apprezzamento di altri individui o di altre organizzazioni, o anche, se le ritengono, di non professare alcuna religione – non può in effetti consentire, senza con ciò stesso venir meno ai principi fondamentali della propria costituzione, che, in dipendenza del funzionamento delle proprie norme di diritto internazionale privato, risulti vietato, sul proprio territorio, un matrimonio fra persone appartenenti a religioni

Ma si tratta nel complesso, ripetiamo, di limitazioni di efficacia piuttosto eccezionale: quali indubbiamente quelle concernenti i casi di matrimoni di monache e di preti, o di quelli fra fedeli od infedeli, o ancora di quelli fra padrino e battezzato. C'è che – quando si può configurare la conversione del matrimonio religioso in matrimonio efficace per le leggi dello Stato rinvio dalle norme nazionali di diritto internazionale privato – la rilevanza del matrimonio religioso stesso per gli Stati secolarizzati costituisce indubbiamente

diverse; tanto più quando l'individuo, per il fatto stesso di attentare il matrimonio contro i precisi disposti della propria religione, riveli di non sentirsene vincolato in coscienza.

Qualche dubbio è stato invece sollevato in merito alla possibilità che paesi del tutto laicizzati applichino le leggi estere importanti limitazioni alla capacità a contrarre matrimonio di soggetti che abbiano assunto volontariamente l'abito ecclesiastico. In proposito, infatti, si rileva la non ricorrenza dei motivi che, nei paesi laicizzati, ostano alla applicazione di norme straniere contenenti divieti del tipo della disparità di culto. Mentre questi ultimi sono imposti dalla legge all'individuo, senza alcuna partecipazione della volontà di questi, che ben potrebbe non sentirsi sottomesso alla fonte religiosa dei divieti stessi – viceversa l'impedimento al matrimonio di sacerdoti e religiosi o religiose risulta da una libera autodeterminazione del soggetto, resa manifesta da espressioni di fede particolarmente solenni, accompagnate da lunghi periodi di noviziato, durante i quali è sempre possibile far valere ogni eventuale *jus poenitendi*. Libertà di coscienza, si sostiene, diviene espressione priva di significato apprezzabile, quando sia stato lo stesso interessato a dimostrare in modo inequivocabile d'essere partecipe della fede religiosa che gli impone determinati sacrifici: dietro il riparo formale dell'ordine pubblico internazionale si finirebbe per proteggere, anziché la libertà di coscienza del singolo, nel caso per nulla violentata, quella di non tener fede a impegni coscientemente e liberamente assunti.

Sulla base di siffatte considerazioni si è cercato di impostare il problema in termini diversi: col rapporto al metro dell'ordine pubblico internazionale d'uno Stato compiutamente laicizzato non l'impedimento in sé e per sé, ma lo stesso impegno assunto anteriormente dalla parte, senza imposizioni, e sanzionato dalla legge civile del suo Stato nazionale. E in genere si è giunti alla esclusione, nel caso, di un conflitto. Ora, per quanto apprezzabili, giacché cercano di conciliare con i principi ispiratori dello Stato liberale il senso di diffusa riprovazione sociale che suole accompagnare e circondare il matrimonio di chierici e religiosi, le argomentazioni su accennate non sembrano accettabili. Uno Stato, il quale assuma senza distinzioni la tutela della libertà di coscienza degli individui consociati, e ammetta al godimento di tale libertà gli stessi stranieri, deve, ci sembra, consentire e proteggere il rifiuto di obbedienza a una legge religiosa, sia che una tale insofferenza si manifesti nell'individuo come originaria, sia che succeda a manifestazioni pur solenni di fede, allorché nell'individuo stesso subentri il proposito di non conformare ulteriormente il proprio comportamento ai dettami non più sentiti d'una religione. E ciò a prescindere dalla natura dello stesso impegno in sé considerato.

L'impedimento canonico di cognazione spirituale, che nasce tra chi ha impartito il battesimo e chi lo ha ricevuto, nonché tra questi e il padrino, si avvicina sotto taluni aspetti agli impedimenti che potrebbero dirsi accettati, sotto altri a quelli imposti: esso difatti si ricollega a un vincolo spirituale che corre fra persone delle quali una non partecipa, nella stragrande maggioranza dei casi, con volontà e coscienza all'atto che genera il divieto, mentre le altre, il battezzante e il padrino, vi partecipano volitivamente, ma spesso, almeno il padrino, senza prevedere le conseguenze che ne possono derivare.

L'impedimento cosiddetto del cattolicesimo, infine, si rivela indubbiamente incompatibile con i principi vigenti nei paesi secolarizzati che ammettono il divorzio e la susseguente libertà di stato dei coniugi divorziati, e contrasta con quelli dei paesi che, pur non ammettendo il divorzio per i propri cittadini, riconoscono gli effetti civili ai divorzi pronunciati all'estero. Esso si rivela inoltre in conflitto con il principio di uguaglianza.

la regola. Costituisce, del pari, la regola la rilevanza per essi delle sentenze ecclesiastiche in materia, in quanto le stesse appaiano convertite in sentenze statualmente efficaci per gli ordinamenti riferiti dalle norme nazionali di diritto processuale civile internazionale.

19. *Consequente caratterizzazione unilaterale del conflitto*

In conclusione (quando si è in presenza di una concorrenza, sull'atto formativo del rapporto di coniugio, di legislazioni e di giurisdizioni a fondamento laico e di legislazioni e giurisdizioni a fondamento confessionale) si assiste alla seguente situazione: da una parte, si ha il riconoscimento, ad opera degli Stati rigidamente cattolici, della gelosa competenza della Chiesa, a totale esclusione di ogni e qualsivoglia ingerenza di organi statuali (ingerenza espressamente e solennemente condannata); dall'altra, l'affermazione della competenza legislativa e giurisdizionale dello Stato secolarizzato, competenza che per altro non si pone come esclusiva nello stesso modo e con gli stessi effetti di quella della Chiesa, ma si limita a proclamare una generica statualità della materia, ben ammettendo accanto a sé la competenza di altri ordinamenti, purché anch'essi di carattere statale: di quegli stessi ordinamenti che, rinunciando a una propria diretta attività di normazione, rimettono alla Chiesa la materia, postulando la esclusiva competenza dell'ordinamento giuridico canonico.

Per riprendere quanto si diceva *in limine*, si ha, nel nostro caso, l'accettazione da parte di un legislatore – quello degli Stati secolarizzati – della collaborazione degli organi stranieri di legislazione e di giurisdizione: accettazione che si concreta nella adozione di organici sistemi di diritto internazionale privato e di diritto processuale civile internazionale; e insieme si ha l'offerta sul piano estra-dogmatico – ad opera dello stesso legislatore – della collaborazione propria e degli apparati giudiziari nazionali: al che si contrappone, da parte degli Stati a ispirazione confessionale rigidamente cattolica, la integrale remissione della materia matrimoniale (*inter baptizatos*) alla competenza di un diritto non statale universale, sì che essi da una parte non accettano la collaborazione degli organi statuali esteri di legislazione e di giurisdizione, i cui interventi sono ritenuti manifestazione d'una ingerenza arbitraria in cose spirituali, né offrono dall'altra la collaborazione propria e dei propri apparati giudiziari. Donde gli accennati inconvenienti di sede estra-dogmatica.

20. Altre ragioni addotte a spiegazione della irriducibilità del conflitto

Gli altri argomenti che si adducono di solito per spiegare tali inconvenienti non appaiono adeguati. Il loro punto debole comune risiede in ciò che si è creduto di trattare con due sistemi contrapposti di norme di conflitto – del genere delle norme di diritto internazionale privato – accolti rispettivamente dagli ordinamenti secolarizzati e da quelli a ispirazione confessionale e non perfettamente coincidenti fra di loro, sì che si è cercata la ragione dello stato di conflitto in uno dei momenti nei quali si concreta il riferimento di diritto internazionale privato: nell'elemento, in pratica, in cui si realizzerebbe quella mancata coincidenza.

Rientra in questo ordine di idee la tesi per la quale la coordinazione insufficiente fra le norme di diritto internazionale privato degli Stati laici e di quelli confessionali avrebbe la sua origine in un 'conflitto di qualificazioni', concernente o la «nozione stessa del matrimonio», o la «distinzione fra requisiti di forma e requisiti di sostanza». Da un lato – movendo dalla considerazione che, quando parlano di matrimonio, civilisti e canonisti non intendono la stessa cosa – si sostiene che i riferimenti in materia matrimoniale effettuati da un ordinamento laico a uno confessionale, e viceversa, cadono semplicemente nel vuoto per mancanza, nell'ordinamento rinviato, dell'istituto al quale quello rinviante intende riferirsi. Dall'altro, si afferma che nel matrimonio canonico la forma si rivela talmente collegata e inerente alla sostanza da divenire sostanza essa medesima.

Da altri ancora si sostiene che gli inconvenienti di sede extra-dogmatica sorgerebbero in materia a causa del funzionamento del «limite dell'ordine pubblico internazionale». Da una parte, il principio della secolarizzazione del matrimonio impedirebbe l'efficacia, rispetto ai sistemi normativi a fondamento laico, delle leggi straniere rinviate che risentono nel proprio contenuto della opposta concezione religiosa; dall'altra, i principi del contratto-sacramento impedirebbero l'efficacia negli ordinamenti ad aspirazione confessionale delle norme estere conformate a una visione dell'istituto soltanto contrattuale.

21. Conflitto di qualificazioni riferito allo stesso "matrimonio"

La prima fra le tesi su accennate – svolgendosi sul presupposto della presenza d'una norma di rinvio di diritto internazionale privato ad altri ordinamenti – può solo valutarsi con riguardo ai sistemi normativi degli Stati secolarizzati che appunto effettuano riferimenti di tal genere; ma, anche così circoscritta, essa si rileva del tutto insostenibile.

Alla valutazione giudiziale il matrimonio si presenta innanzitutto come una semplice fattispecie sociale concreta, della quale precisare il significato giuridico, cioè gli effetti che produce per l'ordinamento. Qui, in dipendenza dei criteri sulle competenze vigenti nel diritto nazionale, sorgono due ipotesi: o che il fatto sociale rientri nella competenza diretta dell'ordinamento nazionale, o che lo stesso rientri nella competenza di un ordinamento estero, cui il primo fa rinvio. Nell'un caso, la *fattispecie sociale concreta* sarà raffrontata dal giudice alla *fattispecie astratta* configurata dalla legge nazionale, e produrrà o non le conseguenze stabilite da quest'ultima a seconda delle risultanze del raffronto; nell'altro, constatata la non applicabilità diretta della fattispecie astratta nazionale, il giudice dovrà individuare il diritto estero ritenuto competente alla bisogna, e ricavare dallo stesso la fattispecie legale astratta che costituisce la premessa maggiore del suo ragionamento. Ma, per far questo, egli deve, prima di ogni altra cosa, precisare in quale delle categorie di fatti astrattamente preveduti dalle norme di conflitto rientri la fattispecie concreta: ha quindi bisogno d'una nozione generale del matrimonio che gli consenta di procedere a tale accertamento: a tale *operazione di qualificazione*.

Nell'ordinamento canonico (e quindi di riflesso in quello degli Stati che accolgono ai propri effetti il matrimonio religioso in quanto situazione giuridica concreta perfezionatasi per il diritto della Chiesa) si ha, per così dire, una coincidenza fra *qualificazione* e *fattispecie* «matrimonio»: e al giudice, che sarà sempre quello ecclesiastico, è deferito di compiere un raffronto della fattispecie sociale concreta con quella astratta, *compiutamente ipotizzata dalla legge canonica*. Qui – non realizzandosi, per matrimoni fra battezzati, alcun caso di riferimento ad altri ordinamenti, raccostabile per natura e per funzione ai riferimenti di diritto internazionale privato – la nozione della «qualificazione» di un rapporto, quale elaborata dalla dottrina internazional-privatistica, non ha una sua autonoma ragione.

Ma, agli effetti del funzionamento delle norme di diritto internazionale privato degli Stati secolarizzati, la qualificabilità di un atto come *matrimonio* non esige parimenti che in esso debbano concorrere tutti i requisiti richiesti *ad validitatem* dal diritto nazionale. Si incorrerebbe altrimenti nell'errore di scambiare con la qualificazione del fatto, ai limitati effetti del rinvio, la sua valutazione sostanziale, che è rimessa invece *all'ordinamento straniero* al quale è indirizzato il riferimento di diritto internazionale privato. Non bisogna infatti ravvisare un conflitto di qualificazione in ogni diversità legislativa fra un ordinamento e l'altro rispetto a un dato rapporto o diritto; se no, «*esagerando il concetto di questa specie di conflitto, si finirebbe per sopprimere l'efficacia delle norme di diritto internazionale privato, le quali hanno per presupposto la*

*diversità delle norme di diritto interno vigenti nei diversi Stati*¹³.

La nozione del matrimonio, agli effetti del funzionamento delle norme di diritto internazionale privato, non può non essere più ampia della fattispecie matrimonio ipotizzata dalla legge nazionale. Tutto sta naturalmente nell'accertare entro quali limiti si possa procedere a una simile estensione della fattispecie nazionale: tutto sta in definitiva nell'individuare gli elementi dell'istituto che possono considerarsene essenziali.

Questi sono stati individuati nella ricorrenza della volontà reciproca di creare un rapporto coniugale, espressa da due persone di sesso diverso, con una forma solenne. I quali elementi vanno precisati in ordine, da un lato, al significato del rapporto coniugale che gli sposi con una autonoma determinazione di volontà tendono a instaurare, e restringendo, dall'altro, il concetto della necessaria concorrenza d'una forma solenne, o quanto meno specifica, a quello della *riconoscibilità*, fin dal momento iniziale, del rapporto. Rientra nel *genus* «matrimonio», agli effetti della qualificazione rilevante per l'applicazione delle norme di diritto internazionale privato riferentisi al momento formativo del rapporto, qualunque atto posto in essere in modo esteriormente riconoscibile, da individui di sesso diverso, dal quale prenda inizio un rapporto coniugale, inteso come relazione paritaria permanente, anche se non perpetua, costituita di obblighi e diritti reciproci, consistenti in sostanza nella integrazione fisica e morale fra i coniugi, in ordine alla formazione di un nucleo familiare. In ultima, analisi, tale definizione (per quanto intenda riferirsi specificamente al matrimonio inteso come *atto*: al *matrimonium in fieri* dei canonisti) si risolve, a parte l'elemento volontaristico e formale, in quella del matrimonio inteso come *stato*: *matrimonium in facto esse*¹⁴.

¹³ Diena, *Principii di Diritto Internazionale*, Parte II, *Diritto Internazionale privato*, 2^a ed., Milano, s.d., pag. 81.

¹⁴ Vanno valutate in tal ordine, di idee le opinioni dei giuristi, specialmente anglosassoni, che (come ricorda il Jemolo: *Matrimonio*, nel *Trattato di Diritto Civile* diretto da Vassalli, III, 1, Torino, 1937, p. 5) hanno elaborato, con specifico riferimento al problema di diritto internazionale privato, la figura del «matrimonio cristiano», *species* del più vasto *genus* matrimonio. Esso sarebbe costituito dal vincolo avente le caratteristiche richieste dalle legislazioni dominate dai principi della civiltà europea; innanzitutto monogamia, oltreché naturalmente la diversità di sesso (che, d'altronde è elemento insopprimibile del matrimonio come *genus*, quale che sia la nozione, pur latissima, che se ne voglia accogliere); in secondo luogo, costituzione d'una *societas* implicante non solo obblighi correlativi fra i contraenti, ma altresì, fra di essi e l'eventuale prole; generazione quindi d'un nucleo familiare; volontarietà del vincolo; sua permanenza anche se non perpetuità. Quando le leggi di un paese appartenente al tipo di civiltà europea parlano di matrimonio agli effetti, tra l'altro, delle norme di diritto internazionale privato – è sempre e soltanto a questo vincolo che intendono far riferimento.

Una occasione, per valutare la questione della *qualificazione* del matrimonio agli effetti del funzionamento delle norme di conflitto, è stata offerta ai Tribunali inglesi dal caso dei cosiddetti matrimoni sovietici. Il Rheinstein (*Nota*, in *Giurisp. Comp. dir. internaz. priv.*, I, Roma, 1937, pg. 88) ricorda

Non dovrebbe esservi allora alcuna difficoltà a far rientrare nel *genus* matrimonio, agli effetti del funzionamento delle norme di conflitto degli Stati secolarizzati, lo stesso matrimonio cattolico *in sé considerato*. Il che del resto, salvo errore, corrisponde alla ordinaria prassi giudiziale. Quando il giudice d'uno Stato secolarizzato si trova a dover decidere, ad esempio, della validità del fatto «*matrimonio religioso celebrato all'estero*» – il suo giudizio sulla rilevanza della fattispecie sociale esaminata è condotto sulla base d'un diritto *esterno* a quello nazionale e *da questo richiamato*. In presenza della norma *locus regit actum*, si avrà siffatta rilevanza se il matrimonio è celebrato nel territorio di uno Stato la cui legislazione interna – rinviata – riconosce gli effetti civili al matrimonio religioso. Il giudice potrà quindi passare a valutare il matrimonio sul piano validità-invalidità. Quel matrimonio rimarrà per contro irrilevante se contratto nel territorio d'uno Stato estero esso stesso secolarizzato: nel qual caso sarà preclusa al giudice ogni ulteriore valutazione dell'atto sul piano della validità-invalidità, avendo egli esaurito la sua indagine, con risultato negativo, su quello della esistenza-inesistenza giuridica (che è quanto dire: rilevanza-irrilevanza). Ora, è facile osservare che, *in entrambi i casi*, la regola *locus regit actum* ha pienamente funzionato, e quindi ha pienamente funzionato, abbracciando in sé la fattispecie sociale considerata, la c.d. *prima qualificazione* del rapporto, che costituisce il momento iniziale del funzionamento della norma di rinvio.

22. Riduzione della forma del matrimonio religioso cattolico a elemento di sostanza

Né maggiore fondamento può riconoscersi alla tesi della riduzione dei requisiti di forma del matrimonio religioso a requisiti di sostanza: tesi elaborata inizialmente per giustificare taluni atteggiamenti giurisprudenziali degli Stati laici, e poi estesa a esprimere la stessa posizione delle legislazioni a fondamento confessionale.

Essa, sia nell'uno sia nell'altro caso, poggia su una erronea visione e impostazione del problema.

Non può condividersi infatti l'opinione, accolta spesso un tempo dai

la sentenza *in casu* *Machinson v. Machinson* : «*Il matrimonio è una unione liberamente contratta per la durata della vita da un uomo e da una donna con esclusione d'altri. Quando una forma estera di matrimonio corrisponde a tali requisiti è indifferente che esso possa essere nuovamente sciolto di mutuo accordo o con atto di volontà unilaterale di una parte e che inoltre la registrazione del divorzio da parte dell'autorità sia considerata una semplice formalità*».

giudici statuali, specialmente in Francia, per la quale le forme civili dello Stato di celebrazione non andrebbero applicate ai sudditi stranieri vincolati a una legge nazionale che esige la celebrazione religiosa, in quanto quest'ultima rientrerebbe nel loro *statuto personale* quale elemento di sostanza, sì da essere applicata, come tale, ad esclusione delle forme locali di celebrazione o quanto meno in concorrenza con le stesse. È facile notare che una siffatta motivazione non tien conto, così come formulata, del fatto che ciascuna legge (come del resto oggi giorno piuttosto pacifico in dottrina e in giurisprudenza) deve essere essa sola assunta come base di partenza per determinare il significato delle espressioni tecnico-giuridiche che adotta. Non può porsi in dubbio che – se la legge nazionale richiede che la forma degli atti fra vivi venga regolata dalla legge del luogo dell'atto – occorre far riferimento al tenore della legge nazionale medesima per accertare cosa questa intenda per forma, rimanendo senza rilievo quanto dispongano altre leggi, ivi compresa quella straniera cui risulti indirizzarsi la norma di rinvio. Si incorrerebbe altrimenti in un circolo vizioso, che è stato lumeggiato con particolare chiarezza dalla dottrina del diritto internazionale privato. Non vi è bisogno di ripetere qui che la cosiddetta questione delle qualificazioni si riduce, tutto sommato, a un semplice problema di *interpretazione* delle formule legislative che esprimono la norma di rinvio.

Né può considerarsi la obbligatorietà della celebrazione religiosa per gli appartenenti a determinate confessioni (nel caso: la cattolica) come una limitazione arrecata alla loro capacità di agire, giacché agli stessi non è negato, in effetti, di porre in essere il negozio – nel che si sostanzierebbe una vera e propria limitazione di capacità – ma se ne vuole il matrimonio circondato di speciali forme. Si tratta pur qui di norme che attengono ai requisiti formali dell'atto di costituzione del rapporto di coniugio: norme che, nel caso, non sono richiamate, volgendosi il rinvio di diritto internazionale privato in altra direzione.

In quanto poi diretta a esprimere l'atteggiamento delle stesse legislazioni matrimoniali a fondamento confessionale, la tesi esaminata appare inficiata da un dannoso equivoco. Sotto l'impressione di una vigenza universale della norma *locus regit actum*, si è creduto che il fatto della mancanza di riferimenti da parte del diritto canonico (e quindi dei diritti degli Stati a legislazione matrimoniale conformata ai dettami della Chiesa) agli ordinamenti giuridici statuali a base territoriale, per la regolamentazione dei requisiti di forma del matrimonio, significasse, non già, come si doveva, puramente e semplicemente l'estraneità, in materia, della detta norma al sistema giuridico canonico, ma l'assenza d'una distinzione canonistica fra requisiti di forma e requisiti di sostanza dell'atto costitutivo del vincolo matrimoniale, e la conseguente

risoluzione dei primi nei secondi. Si assiste, qui, a una inversione dei termini del problema particolarmente manifesta.

Senza considerare che la tesi esaminata, nella sua duplice applicazione, si rivela insostenibile nei suoi stessi presupposti. Non sembra dubitabile, in effetti, che la distinzione fra forma e sostanza dell'atto costitutivo del vincolo matrimoniale appaia nel diritto canonico specialmente pronunciata. Anzi, in certo modo, in tale ordinamento, la forma del matrimonio è, contrariamente a quanto troppo spesso sostenuto, un elemento assai meno determinante che in molti fra i diritti degli Stati che hanno *laicizzato* il matrimonio. Mentre in questi ultimi l'intervento di un organo statale è sempre necessario a che la volontà espressa dagli sposi valga a costituire il matrimonio, il diritto canonico prescinde viceversa in qualche caso da qualsiasi intervento di organi qualificati della Chiesa.

La inseparabilità del contratto dal sacramento non ostacola tale possibilità. Ministri del sacramento sono, come è noto, gli stessi sposi e materia ne è lo scambio dei consensi. Basti del resto richiamare la nozione classica dell'istituto, elaborata nel periodo aureo della scienza giuridica ecclesiastica: validità del *matrimonium per verba de praesenti*, senza necessità di intervento di organi ecclesiastici o di particolari cerimonie, o di coabitazione, o di consenso da parte dei *parentes*; validità del *matrimonium per epistulam* e dello stesso *matrimonium per copulam animo matrimoniali peractam*, eccetera. Assoluta prevalenza quindi dell'elemento volontaristico, della libera e cosciente autodeterminazione dei nubendi, del tutto insostituibile. Nello stesso diritto canonico vigente (che pur accentua la tendenza, cui si è fatto cenno, a esteriorizzare la competenza esclusiva della Chiesa) non mancano casi in cui si può prescindere – per lo stesso matrimonio fra cattolici – dall'assistenza *ad validitatem* del sacerdote: agente, comunque, quale semplice *testis qualificatus*. Senza considerare – e la cosa sembra rivestire un valore determinante – la natura di *negozio non formale* del matrimonio religioso fra acattolici, che pure è esso stesso sacramento, afferente grazia ai coniugi *ex opere operato*. È nel matrimonio civile, quale positivamente regolato da taluni ordinamenti, che si inverte il rapporto di prevalenza fra elementi di forma ed elementi di sostanza. Alla concezione ancora prevalentemente privatistica del matrimonio canonico, fondata essenzialmente sul dogma della volontà, si sostituisce qui una spiccata visione pubblicistica dell'istituto, dominata dagli opposti criteri dell'affidamento: della insostituibilità dell'intervento di efficacia costitutiva dell'organo statale; della totale irrilevanza della riserva mentale e della simulazione; della limitazione del potere di agire per l'annullamento. Si che qualche Autore non ha avuto esitazioni a trasferire l'atto costitutivo del vincolo matrimoniale nel territorio del diritto pubblico, e a configurarlo come

un vero e proprio atto amministrativo: quasi una forma di amministrazione pubblica del diritto privato. S'è rappresentata la dichiarazione dell'ufficiale di stato civile come momento formativo del rapporto di coniugio: con conseguente riduzione dello scambio dei consensi fra gli sposi a mero presupposto della dichiarazione.

La situazione muta, è vero, sul piano estra-dogmatico, sul quale, come sin qui visto, si assiste alla rinuncia da parte degli Stati secolarizzati, attraverso l'adozione della norma *locus regit actum*, alla propria diretta competenza in merito alla forma dei matrimoni celebrati all'estero, mentre per gli ordinamenti a ispirazione confessionale cattolica non ha rilievo il carattere di estraneità dei matrimoni. Ma questi opposti atteggiamenti non dipendono affatto dalla diversa rilevanza riconosciuta agli elementi formali negli uni e gli altri ordinamenti; ma, come si è cercato sinora di chiarire, da ragioni di ben altro genere.

La causa prossima dei conflitti estra-dogmatici in materia – a voler porre la questione in termini di raffronto fra norme di conflitto di opposti ordinamenti – potrebbe farsi risiedere al più nella diversità dei *criteri di collegamento* rispettivamente accolti. Con la differenza che, nel caso degli Stati secolarizzati, tale criterio di collegamento si pone come momento di una norma di rinvio di diritto internazionale privato, la quale esplica, come tale, la sua funzione normiproduttiva in svariate direzioni, instaurando un allacciamento fra il diritto nazionale e una pluralità di ordinamenti giuridici stranieri, mentre, nel caso opposto, il collegamento è fisso, si volge in una sola direzione, e incide su una norma di rinvio, di *presupposizione*, totalmente diversa, sotto molteplici riguardi, dalle norme di diritto internazionale privato.

23. Limite dell'ordine pubblico internazionale

Riguardo all'ultimo motivo addotto per spiegare gli inconvenienti di sede estra-dogmatica che si realizzano in materia – desivi premettere che il limite dell'ordine pubblico internazionale, secondo la nozione che solitamente se ne accoglie, postula l'avvenuto funzionamento del rinvio di diritto internazionale privato, limitandosi a impedire gli *effetti* d'una norma straniera *rinvziata*. Esso agisce cioè nel presupposto della applicabilità in astratto del diritto straniero richiamato. Del pari, il detto limite interviene ad impedire l'efficacia di un giudicato estero *altrimenti delibabile*.

Esso può invocarsi quindi come ostacolo allo *spostamento* di contenuti normativi o precettivi da un ordinamento a un altro: nella forma della recezione, o altra analoga, trattandosi di norme, e della cosiddetta nazionalizzazione

trattandosi di sentenze; o quanto meno può invocarsi come impedimento all'assunzione delle norme e delle sentenze stesse quali *situazioni giuridiche straniere* (rispettivamente astratte e concrete) produttive nell'ordinamento nazionale degli effetti dei quali son capaci nell'ordinamento giuridico d'origine. Occorre cioè che, comunque si interpreti tecnicamente il riconoscimento delle leggi e delle sentenze estere, queste siano riferite ai fini della loro efficacia individuale: vale a dire ai fini della loro *applicazione* (solo materiale o anche eventualmente formale) nell'ordinamento rinviante.

Un limite del genere, all'opposto, non entra affatto in considerazione quando, da parte dell'ordinamento giuridico per il quale si pone la questione, non si danno propriamente riferimenti di diritto internazionale privato o di diritto processuale civile internazionale agli ordinamenti giuridici stranieri. Qui ovviamente manca il presupposto della *applicabilità astratta d'una norma* o *d'un giudicato estero* che valga a giustificare la apposizione di un limite alla rispettiva efficacia. Non può concepirsi alcuna *limitazione*, in senso proprio, del riconoscimento, quando è il riconoscimento stesso che difetta.

Ciò premesso, appare chiaro che il funzionamento del limite dell'ordine pubblico internazionale, come causa prima degli inconvenienti di sede estradogmatica che si realizzano in materia, potrebbe essere invocato al più per riguardo agli ordinamenti, che, come quelli degli Stati secolarizzati, prendono in considerazione leggi e sentenze estere in materia matrimoniale quali atti tendenti a produrre i loro propri effetti. [Del qual aspetto del problema si è trattato in precedenza, sì che qui non ci sarebbe che da ripetere quanto allora detto]. Ma quel funzionamento non può essere invocato, con tutta evidenza, per riguardo agli ordinamenti degli Stati a ispirazione confessionale cattolica, per i quali manca del tutto il presupposto perché possa parlarsi di una *limitazione* di efficacia di leggi e sentenze straniere che non son affatto richiamate.

24. *Eventuali situazioni legislative miste*

Quanto sin qui detto tende naturalmente a rispecchiare atteggiamenti legislativi per così dire *tipici*, quali si realizzano o dovrebbero realizzarsi in ordinamenti rigidamente confessionali e rispettivamente in ordinamenti compiutamente laicizzati. Si tratta perciò di una sistemazione che non può non risentire della consueta insufficienza delle costruzioni teoretiche, risultanti dalla espansione razionale di determinati principi, le quali, per soddisfare le proprie esigenze interne di sistema, possono essere indotte ad anteporre ai dati empiricamente ricavabili dalla realtà le risultanze deduttivamente tratte dai principi stessi.

È stato posto spesso in evidenza, ed a ragione, che la realtà sociale normativa non sottostà alle medesime leggi di concatenazione logica, e quindi necessaria, fra premesse e conseguenze, e di non contraddittorietà, alle quali soggiacciono, in ogni loro parte, i sistemi razionali; ma che – all’opposto – essa è un fenomeno complesso, determinato da una propria intrinseca dinamica, sulla quale influiscono molteplici fattori, etici politici e sociali, rispondenti a esigenze disparate e talvolta contrapposte, o quanto meno non perfettamente convergenti nello stesso senso. Per cui, una rigida assunzione di schemi astratti, formulati in sede predogmatica, a rappresentare talune parti dell’ordinamento, rischia di condurre a un dannoso *hijatus* fra gli schemi stessi e la realtà, e quindi alla dissociazione fra ordinamento quale in effetti “è” e ordinamento qual è “configurato dottrinarmente”.

A un rischio simile non si sottrae naturalmente la materia qui trattata.

Innanzitutto non è detto che la realizzazione in sede pratica delle due posizioni antitetiche sopra analizzate dipenda in tutti i casi dalla partecipazione effettiva del legislatore alle premesse che ne sono il fondamento razionale, e dalla deliberata accettazione, da parte del medesimo e degli organi di interpretazione e applicazione del diritto, delle conseguenze che quelle premesse necessariamente portano con sé. In secondo luogo, è facile notare che la materia qui trattata raramente si presenta, nella realtà delle cose, obiettivamente conformata a una data concezione, giacché la stessa offre molto di frequente una serie di situazioni miste, nelle quali concorrono e spesso si confondono le due posizioni dogmatiche antitetiche¹⁵

I distinti atteggiamenti di cui tali situazioni miste si compongono non possono ovviamente riallacciarsi alla accettazione da parte del legislatore delle premesse *teoretiche* che dovrebbero in astratto costituirne il fondamento. Si tratta infatti di premesse che si escludono a vicenda: ché – se può non contraddire ai criteri ispiratori della secolarizzazione del matrimonio il riconoscimento dell’atto religioso di celebrazione, in una forma che rispetti i

¹⁵ Si possono dare Stati con legislazione sostanzialmente laicizzata che pur non sono alieni dal dare rilevanza al matrimonio religioso, collocandolo in una posizione di parità rispetto a quello civile, e lasciando al libero apprezzamento dei subietti la scelta fra l’una e l’altra forma di celebrazione; si possono dare Stati con legislazione matrimoniale fondamentalmente confessionale che pure prevedono il matrimonio civile in posizione sussidiaria e subordinata o anche di sostanziale parità rispetto al religioso; e così via. Situazioni sensibilmente complicate dalle molteplici incertezze che in pratica presenta l’applicazione in sede giudiziale degli opposti principi e delle relative conseguenze, con frequenti manifeste evasioni dal dettato stesso della legge, le quali, se talvolta esprimono un cosciente impulso evolutivo impresso dalla giurisprudenza all’ordine giuridico, talaltra si rivelano dovute semplicemente alla mancanza nel giudice d’una chiara visione del problema, nei suoi presupposti e nelle sue conseguenze.

principi di libertà di coscienza, e di uguaglianza – non può altrettanto conciliarsi con i più elementari principi della dogmatica cattolica il riconoscimento del matrimonio civile come atto idoneo a costituire un nucleo familiare. L'adozione in sede legislativa d'una di siffatte situazioni miste non può non comportare un parziale sacrificio d'una delle opposte concezioni, quando non di entrambe.

Senonché negli stessi casi di cui sopra, la validità dogmatica degli schemi formulati sul piano dottrinale può farsi, almeno in parte, salva nel complesso delle conseguenze che ne costituiscono la rilevanza pratica. La realizzazione in concreto delle posizioni antitetiche sopra analizzate – anziché dalla chiara visione nel legislatore delle premesse del sistema e delle relative conseguenze – può discendere, in effetti, quasi per forza di cose, dal *modo stesso dei riferimenti*, compiuti dall'ordinamento nazionale agli altri ordinamenti, quando detto modo d'essere sia tale da non consentire, a voler rimanere aderenti alla struttura del sistema, se non talune determinate conclusioni rispetto ai singoli problemi.

A tal riguardo, si è già posto in evidenza come l'esigenza statualistica, che si è inserita nel movimento per la secolarizzazione del matrimonio, sia pienamente soddisfatta, sul piano dei rapporti di commercio giuridico internazionale, dal modo stesso dei riferimenti di diritto internazionale privato e di diritto processuale civile internazionale, i quali appaiono ispirati essi medesimi a una visione a fondamento statualistico dell'ordine giuridico. Si può ora aggiungere che, per gli stessi Stati che riconoscono il matrimonio religioso, la realizzazione pratica d'un sistema *lato sensu* confessionale – svolto nelle relative conseguenze – può discendere tanto dalla partecipazione effettiva del legislatore ai presupposti dogmatici cattolici, con conseguente adeguamento ad essi del modo dei riferimenti al diritto della Chiesa (“sistema confessionale proprio”), quanto anche dal solo modo d'essere di questi ultimi, dettato immediatamente da esigenze diverse dalla cosciente accettazione dei detti presupposti (“sistema confessionale improprio”).

Ogni qual volta si assiste all'assunzione, da parte del diritto di uno Stato, del matrimonio religioso cattolico quale situazione giuridica concreta costituita dal diritto della Chiesa, senza che il primo interferisca nel processo della costituzione o della cessazione del rapporto – vengono meno, infatti, i presupposti di applicabilità alla specie delle norme nazionali di diritto internazionale privato e di diritto processuale civile internazionale. In questo caso (indipendentemente dalle premesse razionali che hanno guidato il legislatore nazionale nella assunzione delle situazioni giuridiche canoniche: indipendentemente quindi dalla considerazione del vigore universale del diritto della Chiesa) è il modo stesso del riferimento statale a quest'ultimo diritto a farne

l'unico ordinamento idoneo – *per il medesimo diritto referente* – a costituire e far cessare il rapporto di coniugio.

Ciò rientra in parte nella stessa economia delle assunzioni di situazioni giuridiche concrete estere nell'ordinamento nazionale: ch  il giudizio sulla validit  di tali situazioni non pu  essere impostato sull'ordinamento richiamante (il quale non contiene la fattispecie legale tipica, formulata da norme straniere solo formalmente rinviate, cui possa raffrontarsi quella sociale concreta ai fini della valutazione della sua validit  intrinseca) ma dipende dall'ordinamento riferito, nel cui ambito formale le situazioni stesse si sono perfezionate come un tutto. Il giudizio stesso dipender  soltanto da un *dato* ordinamento, ad esclusione di altri, se il rinvio formale, che accompagna l'assunzione di situazioni giuridiche concrete, anzich  in molteplici direzioni genericamente indicate, si rivolga *espressamente ed esclusivamente* al detto ordinamento.

25. Concorrenza degli opposti atteggiamenti in distinti settori d'un medesimo ordinamento

La possibilit  che la realizzazione pratica di sistemi legislativi matrimoniali a base laica e a base confessionale discenda dal modo stesso dei riferimenti compiuti al diritto degli altri Stati e rispettivamente a quello della Chiesa – anzich  dalla partecipazione effettiva del legislatore nazionale alle premesse che ne sono il fondamento razionale – fa in modo, inoltre, che non si possa escludere *a priori* addirittura la concorrenza (in distinti settori d'un medesimo ordinamento) di entrambi gli opposti atteggiamenti, l'uno all'altro giustapposti e svolgentisi organicamente nelle rispettive conseguenze senza reciproche influenze e interferenze di rilievo.

Negli ordinamenti degli Stati sostanzialmente laicizzati (che pur non sono alieni dal riconoscere gli effetti civili al matrimonio religioso cattolico, assumendolo nella veste di situazione giuridica concreta costituita e retta dal diritto della Chiesa) possono affiancarsi due settori di rapporti nettamente delimitati, rispetto al primo dei quali sia applicabile la regolamentazione materiale nazionale, o quella risultante dal funzionamento dei sistemi nazionali di norme di conflitto, mentre, rispetto al secondo, risulti riferito l'ordinamento giuridico canonico. Di modo che – mentre nell'uno l'esigenza statualistica, riaffermata dal modo stesso dei riferimenti di diritto internazionale privato e di diritto processuale civile internazionale, circoscrive il riconoscimento delle attivit  legislative e giurisdizionali ecclesiastiche al solo caso in cui queste si risolvono in leggi e decisioni civilmente efficaci per gli ordinamenti statuali esteri rispettivamente riferiti – nell'altro il modo del riferimento effettuato

al diritto della Chiesa impedisce ogni riconoscimento di attività legislative e giurisdizionali estere statuali, in quanto tali, sottraendo i rapporti, che ne costituiscono l'oggetto, alla applicazione delle norme nazionali di diritto internazionale privato e di diritto processuale civile internazionale.

Nel primo caso, inoltre, permane l'efficacia cosiddetta permissiva dell'ordine pubblico internazionale, nelle ipotesi che il riconoscimento d'una data legge o d'una data sentenza estera a fondamento confessionale cattolico si risolva nella violazione dei principi che hanno determinato e ispirato storicamente il movimento per la secolarizzazione del matrimonio. Difatti l'adozione, ad opera d'uno Stato a legislazione matrimoniale sostanzialmente laicizzata, di disposizioni a ispirazione religiosa – che non siano per altro tali da sopprimere i principi di libertà di coscienza e di uguaglianza – non può essere assunta a motivo di esclusione della contrarietà all'ordine pubblico internazionale del sistema normativo nazionale di norme straniere, a contenuto confessionale, che importino in effetti la violazione dei principi sopradetti.

26. *L'ordinamento giuridico italiano*

Un riferimento al sistema matrimoniale italiano post-concordatario può valere ad illustrare questi ultimi aspetti del problema.

Con la legislazione del 1929 lo Stato italiano non ha fatto proprio il diritto della Chiesa in ordine alla valida costituzione dell'atto formativo del rapporto coniugale, con un riferimento raccostabile per il suo modo d'essere e i suoi effetti ai rinvii di diritto internazionale privato, ma si è limitato a prender atto d'un determinato evento [*«sacramento del matrimonio disciplinato dal diritto canonico»*] e a collegargli gli effetti civili come a *evento dipendente nel suo essere dall'ordinamento della Chiesa*. La nostra legge infatti – per collegare gli effetti civili al fatto *«sacramento del matrimonio disciplinato dal diritto canonico»*, o, secondo un'altra dizione di legge, al fatto *«matrimonio celebrato davanti un ministro del culto cattolico secondo le norme del diritto canonico»* – contempla un procedimento di *accertamento della situazione giuridica concreta canonica* del tutto estrinseco, il quale non comporta alcuna indagine di merito circa la valida costituzione del vincolo matrimoniale per il diritto della Chiesa. Analogamente – per determinare il venir meno degli effetti civili allorché il contratto-sacramento sia dichiarato non perfetto nell'ordinamento della Chiesa nei modi da questo predisposti – lo Stato italiano non entra nel merito della dichiarazione di nullità, ma limita il suo intervento a una *ricognizione esteriore* e oltre tutto *indiretta*, della pronuncia del giudice ecclesiastico.

Ora, non sembra si possa dubitare che tale situazione legislativa non sia dipesa da una partecipazione effettiva del legislatore italiano ai presupposti dogmatici cattolici in materia, o, come anche si dice, dal riconoscimento, da parte dello Stato italiano, della “natura sacramentale del matrimonio”, e quindi dalla accettazione delle conseguenze che necessariamente ne discendono. E ciò non già per motivi di carattere formale, e a nostro avviso non probanti [quale ad esempio la considerazione che con l’art. 43 del Concordato l’Italia non ha riconosciuto *il* sacramento ma gli effetti civili *al* sacramento] ma per il fatto stesso della permanenza del matrimonio civile: oltretutto quale prototipo legislativo al quale riferirsi onde determinare gli effetti collegati al matrimonio religioso. Permanenza che ripugna indubbiamente e totalmente ai principi cattolici in materia.

L’assoggettamento del subietto alla competenza della legge della Chiesa o di quella civile non è determinato in Italia dalla condizione di cattolico o non cattolico di lui: condizione che non costituisce uno *status* giuridico subiettivo per l’ordinamento giuridico italiano. Esso bensì è determinata dalla libera scelta dei nubendi: i quali – essendo cattolici o comunque ammissibili al matrimonio cattolico – preferiscano di fatto contrarre questo matrimonio, anziché quello civile. Con la conseguenza che – al di fuori dei casi in cui è applicabile il sistema concordatario – mantengono pieno vigore sia le norme sostanziali nazionali, contenute nel Titolo VI del Libro I del codice civile, sia quelle risultanti dal funzionamento delle norme di diritto internazionale privato, contenute nelle Disposizioni sulla applicazione delle Leggi in generale; e con la conseguenza che – al di fuori dei casi sopradetti – restano pienamente applicabili le norme di diritto processuale civile internazionale, contenute nel Titolo VII del Libro IV del codice di procedura civile.

Per l’ordinamento giuridico italiano non può esser dubbio che il matrimonio religioso cattolico non concordatario rimane del tutto irrilevante al di fuori dei casi in cui lo stesso appare convertito in matrimonio civilmente efficace per l’ordinamento di uno Stato riferito dal sistema nazionale di diritto internazionale privato, e che del pari rimangono del tutto irrilevanti le sentenze di giudici ecclesiastici che lo concernono, se non nei casi, ancor qui, in cui le stesse appaiono convertite in decisioni civilmente efficaci per l’ordinamento dello Stato estero, riferito dalle norme nazionali di diritto processuale civile internazionale. Non è del pari dubbio che – in entrambi i casi – la rilevanza dei contenuti normativi e precettivi canonistici incontra gli ordinari limiti, di ordine pubblico internazionale, che si oppongono, negli ordinamenti secolarizzati, alla efficacia rispettivamente delle leggi e delle sentenze estere che non tengono conto di principi di libertà di coscienza e di uguaglianza. Con la legislazione matrimoniale del 1929 lo Stato italiano non ha infatti

abbandonato i due principi: i quali – anzi – attraverso il mantenimento del matrimonio civile, accessibile a chiunque, e la introduzione del matrimonio dinanzi ai ministri acattolici di culto, sono usciti sostanzialmente ribaditi.

Ciò non toglie, peraltro, che, nei casi in cui sono invece da applicare le norme del sistema concordatario, si realizzino in pratica le stesse conseguenze che se l'accettazione della competenza della Chiesa fosse dovuta a una deliberata accettazione, da parte dello Stato, dei presupposti cattolici in materia.

Il «*sacramento del matrimonio disciplinato dal diritto canonico*», che è oggetto di valutazione della norma italiana dedotta dall'art. 34 del Concordato, non solo dipende nella sua esistenza dall'ordinamento giuridico canonico, ma da questo dipende ad esclusione di qualunque altro ordinamento. E ciò non in base alla sola legge canonica – il che di per sé non rileverebbe agli effetti del nostro ordinamento – ma in base alla legge italiana stessa: al *modo del riferimento* che questa effettua al diritto della Chiesa. Nessun ordinamento statale può – *per la nostra legge* – esser considerato competente a costituire o a far venir meno il fatto «*sacramento del matrimonio disciplinato dal diritto canonico*», appunto perché la *nostra legge* lo vuole espressamente e solamente «*disciplinato dal diritto canonico*».

Per cui, o si nega agli stranieri la facoltà di contrarre in Italia in forma concordataria [restringendo il riconoscimento effettuato dalla legge matrimoniale al solo caso del matrimonio religioso cattolico celebrato in Italia fra italiani] o è giuocoforza ammettere che – contraendo concordatariamente – gli stranieri sfuggano alla applicazione della nostra norma di diritto internazionale privato che, per le questioni di sostanza, rinvia alla legge dei rispettivi Stati di appartenenza. [Tanto più che, come è stato giustamente rilevato, un richiamo alla legge nazionale dello straniero contraente matrimonio in forma concordataria in Italia, per regolare i requisiti intrinseci di questo, non sarebbe nemmeno possibile, non avendo l'ufficiale dello stato civile la facoltà, né tanto meno l'obbligo, di non trascrivere un matrimonio fra stranieri celebrato validamente secondo il diritto della Chiesa, ma non secondo le leggi dello Stato a cui gli sposi appartengono per cittadinanza].

Ne consegue ancora che nessuna decisione d'un giudice diverso dal giudice ecclesiastico può determinare – *per il modo del riferimento effettuato dal diritto dello Stato italiano a quello della Chiesa* – il venir meno del fatto al quale il primo attribuisce civile rilevanza. Il «*sacramento del matrimonio*» non sarebbe altrimenti più «*disciplinato dal diritto canonico*»: non sarebbe cioè più la stessa *situazione giuridica concreta estera* che è assunta a oggetto di valutazione dalla nostra norma. Sicché – ammettendosi la delibazione d'una sentenza statale straniera di annullamento d'un matrimonio concordatario – si giungerebbe alla situazione, sotto vari aspetti paradossale, del venir meno

nell'ordinamento nazionale degli effetti giuridici d'un fatto, pur continuando questo tuttavia a sussistere e continuando altresì a sussistere la norma di diritto interno che quegli effetti gli collega¹⁶.

Le molteplici incertezze dottrinali e giurisprudenziali che si notano in materia – sulle quali non è naturalmente possibile trattarsi a questo punto – si devono a una impostazione del problema che sembra non corretta: si è creduto, infatti, di allacciare la soluzione delle varie questioni particolari (relative, nella specie, alla applicabilità al matrimonio concordatario delle norme nazionali di diritto internazionale privato e di diritto processuale civile internazionale) alla soluzione in via preliminare – sulla base di elementi quanto mai incerti e suscettibili comunque di più interpretazioni anche discordanti – del problema generale della natura e dei limiti del riconoscimento, ad opera del nostro legislatore, del *carattere sacramentale* del matrimonio canonico; quando – all'opposto – la materia sembra trovare una sistemazione sufficientemente organica se si imposta la soluzione delle varie questioni che le attengono sul *carattere stesso* del riferimento che il diritto dello Stato italiano effettua a quello della Chiesa, indipendentemente dalla considerazione diretta dei motivi che hanno determinato il legislatore patrio ad adottare una siffatta forma di rinvio.

¹⁶ Senza considerare che la delibazione d'una sentenza straniera di annullamento d'un matrimonio concordatario importerebbe, da parte del giudice italiano, una esplicazione di attività in un campo che l'ordinamento giuridico italiano ha precluso alla propria valutazione. Se della delibazione si accetta la tesi tradizionale della recezione del giudizio logico del magistrato straniero quale contenuto del provvedimento del magistrato nazionale (Anzilotti-Chiovenda), ciò appare evidente: in tal caso l'atto giurisdizionale sarebbe opera del magistrato ordinario; si avrebbe cioè una sentenza italiana costitutiva di una volontà del nostro Stato di contenuto conforme alla sentenza del giudice straniero. Lo stesso varrà, altresì, a voler intendere la sentenza straniera quale fatto di produzione giuridica (Morelli-Quadri), che si inserisce nel sistema delle fonti dell'ordinamento giuridico italiano e la cui efficacia è subordinata alla *conditio juris* costituita dalla sentenza di delibazione. A maggior ragione quanto detto varrà ancora, se si intende col Checchini (applicando rigidamente i principi di esclusività e separazione degli ordinamenti giuridici) che la sentenza straniera – la quale non ha di per sé alcun valore per l'ordinamento nazionale – vi acquista valore di sentenza attraverso l'atto di volontà dell'ordinamento interno, rappresentato dal procedimento di delibazione. Comunque cioè s'intenda la natura del giudizio di delibazione, non è dubbio che i principi di esclusività formale e di separazione, a cui si ispira con certezza l'ordinamento giuridico italiano, comportano necessariamente che una sentenza straniera non possa produrre effetti di diritto nel nostro ordinamento se non in dipendenza d'un atto di volontà del nostro Stato. Con la conseguenza che, non tanto in base al numero 1 dell'art. 797 c.p.c., né in base al n. 7 dello stesso articolo, va esclusa la delibazione delle sentenze statuali straniere di annullamento di matrimoni concordatari, quanto per il fatto che manca un presupposto indispensabile per l'applicazione del procedimento previsto dall'art. 797: il presupposto stesso della giurisdizione del giudice italiano.

La «maggiore disponibilità» nei confronti del diritto canonico matrimoniale: una formula «ellittica» al vaglio dell'evoluzione dell'ordine pubblico

JLIA PASQUALI CERIOLI

1. Premessa: mutamento, e non crisi, della sovranità

Nel dibattito scientifico si discute ormai da tempo della crisi della sovranità¹. Il fenomeno si basa su dati evidenti: il rilievo che lo Stato costituzionale accorda agli ordinamenti delle formazioni sociali in cui gli individui svolgono la propria personalità, il riconoscimento del principio di sussidiarietà² e il progressivo intensificarsi dei sistemi di cooperazione e di integrazione sopranazionale³. Lasciata da parte ogni tentazione enfatica che la forza evocativa del tema potrebbe stimolare, una analisi composta aiuta

¹ Sono molti i contributi sul tema. Mi limito pertanto a segnalare i percorsi evolutivi colti da SABINO CASSESE, *La crisi dello Stato*, Roma - Bari, Laterza, 2002; LUIGI FERRAIOLI, *La sovranità nel mondo moderno: nascita e crisi dello stato nazionale*, Roma - Bari, Laterza, 2004; MASSIMO LA TORRE, *Cittadinanza e ordine politico: diritti, crisi della sovranità e sfera pubblica, una prospettiva europea*, Torino, Giappichelli, 2004; LUCIO LEVI – ANTONIO MOSCONI, *Globalizzazione e crisi dello Stato sovrano*, Torino, Celid, 2005; MARIO RICCA, *Metamorfosi della sovranità e ordinamenti confessionali. Profili teorici dell'integrazione tra ordinamenti nel diritto ecclesiastico italiano*, Torino, Giappichelli, 1999.

² Sulla questione si veda GIUSEPPE D'ANGELO, *Crisi dello Stato, riforme costituzionali, principio di sussidiarietà*, Roma, Aracne, 2005.

³ Malgrado vengano spesso accostate, le limitazioni al potere sovrano dello Stato derivanti da fattori sovranazionali hanno natura e implicazioni distinte da quelle endogene all'ordinamento interno, in quanto, come osserva MASSIMO SEVERO GIANNINI, *Sovranità (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, 230, «[l]a sovranità dell'ordinamento internazionale è, concettualmente, uguale alla sovranità degli Stati, ossia è un complesso di potestà sovrane». Una visione di insieme dell'incidenza dei fattori richiamati sull'«arretramento» della sovranità è colto da NICOLA COLAIANNI, *La sussidiarietà tra poteri pubblici e formazioni sociali religiose*, in GIOVANNI CIMALO – JOSÉ IGNACIO ALONSO PEREZ (a cura di), *Federalismo, regionalismo e principio di sussidiarietà orizzontale. Le azioni, le strutture, le regole della collaborazione con enti confessionali*, Torino, Giappichelli, 2005, in particolare 335 ss.. Si vedano inoltre, per i profili di diritto internazionale e comunitario, GIUSEPPE PORRO, *Ampliamento della disciplina giuridica della cooperazione internazionale e riflessi sulla sovranità statale*, Torino, Giappichelli, 2000; GIUSEPPE TESAURO, *Sovranità degli Stati e integrazione comunitaria*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2006.

a comprendere che sono sì mutati i tradizionali modelli in cui si è articolato l'esercizio dei pubblici poteri, ma che la linea del cambiamento è contenuta e tracciata all'interno della stessa Carta fondamentale⁴. Più che di una crisi, dunque, si tratta di una trasformazione, che coinvolge, senza indebolire, gli assi portanti del patrimonio costituzionale⁵, la cui solidità tutela il carattere democratico, pluralista e laico dell'ordinamento repubblicano⁶ e la coesione, in chiave solidaristica, della struttura sociale⁷. Non vi può infatti essere crisi della sovranità che comprometta i principi supremi, la garanzia dei diritti e delle libertà fondamentali e l'uguaglianza degli individui⁸; anzi, si segnala con attuale evidenza il dato contrario del richiamo a un loro sicuro presidio da parte dell'autorità statale proprio nel momento in cui essa si spoglia del compito di regolare ogni aspetto della vita dei consociati. Da questo quadro emerge una nuova funzione della potestà sovrana dello Stato, che all'originaria vocazione formalistica di chiusa completezza a difesa della statualità del diritto sostituisce un ruolo propositivo di garanzia delle prerogative irrinunciabili dei singoli e dei gruppi di fronte a discipline poste da altri sistemi (o sottosistemi) giuridici rilevanti nell'ordinamento della Repubblica. Gli esempi toccano vari campi e vanno, per citarne solo alcuni, dal divieto di deroga dei principi fondamentali della Costituzione e dei diritti inalienabili della persona da parte del diritto internazionale e del diritto comunitario⁹ al necessario rispetto dei principi supremi per le norme di derivazione

⁴ Come osserva NICOLA COLAIANNI, *La sussidiarietà*, cit., 336, la sovranità rappresenta «il risultato dell'esercizio di poteri sovrani, tali in quanti autorizzati dalla Costituzione, attribuiti alle formazioni sociali». In effetti, secondo l'insegnamento di CARLO ESPOSITO, *La Costituzione*, Padova, Cedam, 1954, 11, «fuori della Costituzione e del diritto non c'è la sovranità, ma l'arbitrio popolare».

⁵ Sul punto si vedano le considerazioni di VALERIO TOZZI, *Società multiculturali, autonomia confessionale e questione della sovranità*, in *Dir. eccl.*, 2001, 1, 124 ss.

⁶ Sul punto rinvio a GIUSEPPE CASUSCELLI, *Le laicità e le democrazie: la laicità della "Repubblica democratica" secondo la Costituzione italiana*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2007/1, 169 ss.

⁷ Secondo GUSTAVO ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992, 11, il pluralismo dei valori e il loro confronto leale sono «le esigenze costituzionali supreme di ogni società pluralista che voglia essere e difendere se stessa. Qui l'intransigenza, e non altro, deve valere e qui le antiche ragioni della sovranità hanno ancora pienamente da essere salvaguardate».

⁸ In tema di limiti alla sovranità, richiamo i rilievi di RENATO MORETTI, *Sovranità popolare*, in *Enc. giur.*, XXX, Roma, 1993, 5: «intangibili per chiunque poi voglia ad essi attentare sono i diritti fondamentali della persona, sia come singolo che come *socius* (art. 2), nonché il principio di uguaglianza (art. 3), aspetti che del regime democratico costituiscono sostanza ed elemento indefettibile». Sul punto anche ANGELO LICASTRO, *Il riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche matrimoniali e le nuove forme di cooperazione giudiziaria europea*, in *Dir. fam. e pers.*, 2000, in particolare 1262 ss.

⁹ Si veda, da ultimo, Corte cost., sent. 22 marzo 2001 n. 73, in *Giur. cost.*, 2001/2, 428 ss., che richiama la propria giurisprudenza sulla questione.

concordataria¹⁰; dalla previsione della competenza esclusiva dello Stato nel garantire i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale¹¹ ai limiti alla rilevanza civile dei diritti religiosi e ai contenuti del diritto negoziato con le confessioni; sino al rispetto dei doveri di neutralità e di non identificazione, di equidistanza e di imparzialità dello Stato di fronte ad ogni credo e ad ogni culto, declinazioni del canone supremo dell'uguaglianza¹².

2. I limiti alla circolazione di valori confessionali

Il vigore della sovranità sui contenuti che costituiscono l'ordine proprio dello Stato¹³, espressivo del carattere «essenziale» della distinzione tra sfera temporale e sfera spirituale alla base del principio supremo di laicità¹⁴, impedisce che il diritto confessionale venga applicato o riconosciuto dall'ordinamento civile secondo le modalità utilizzabili per il diritto secolare¹⁵. Tra gli ordinamenti statuali non sussiste infatti un principio di necessaria alterità quanto agli ambiti di competenza, come vige invece tra lo Stato e le confessioni religiose, dal momento che essi condividono, tutti, gli elementi della «temporalità» e della «territorialità»; in altre parole, le reciproche limitazioni alle sovranità espresse nell'art. 7, primo comma, Cost. hanno presupposti ed effetti differenti rispetto alla compressione della potestà sovrana nazionale ai sensi degli art. 10, 11 e 117, primo comma, Cost.. Questo non significa che i principi

¹⁰ Corte cost., sentt. 24 febbraio 1971 nn. 30, 31, 32, in *Giur. cost.*, 1971, rispettivamente, 150 ss., 154 ss. e 156 ss., tutte richiamate dalla citata sentenza n. 73 del 2001.

¹¹ Art. 117, secondo comma, lettera *m*), Cost.

¹² La tematica è stata inquadrata e approfondita in relazione al principio supremo di laicità dello Stato, con costante riferimento alla giurisprudenza costituzionale, da GIUSEPPE CASUSCELLI, *Uguaglianza e fattore religioso*, in *Dig. disc. pubbl.*, XV, Torino, 1999, 428 ss..

¹³ Sul punto GAETANO CATALANO, *Sovranità dello Stato e autonomia della Chiesa nella Costituzione repubblicana*, II ed., Milano, Giuffrè, 1974, 14 ss.; GIUSEPPE CASUSCELLI, *Concordati, intese e pluralismo confessionale*, Milano, Giuffrè, 1974, 181 ss.; da ultimo, rinvio a JLIA PASQUALI CERIOLI, *L'indipendenza dello Stato e delle confessioni religiose. Contributo allo studio del principio di distinzione degli ordini nell'ordinamento italiano*, Milano, Giuffrè, 2006, in particolare 63 ss..

¹⁴ In questi termini Corte cost., sent. 8 ottobre 1996 n. 334, in *Giur. cost.*, 1996, 2919 ss..

¹⁵ Come osservano FRANCO MOSCONI - CRISTINA CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e contratti*, III ed., Torino, UTET, 2004, 9, nel caso di ordinamenti che riservano la disciplina di alcune materia al diritto confessionale «la “delega” operata esplicitamente o implicitamente dallo Stato vale a imprimere a quel certo diritto religioso il carattere di statualità che è postulato dalle nostre norme di d.i.pr., rendendolo dunque suscettibile di richiamo ad opera delle stesse».

e le regole sui limiti alla rilevanza interna delle norme e dei provvedimenti religiosi diano vita a una disciplina, per così dire, discriminatoria¹⁶ rispetto al regime dei controlli sul diritto sopranazionale o straniero, in quanto è la stessa Carta costituzionale, e il principio supremo di laicità, ad escludere che i termini di un simile giudizio di comparazione siano assimilabili. Il motivo, ancora una volta, è la salvaguardia del carattere democratico e pluralista dell'ordinamento repubblicano, che necessita di non ammettere il ricorso a valori religiosi, orientati secondo una visione specifica, per colmare gli spazi di oscillazione della sovranità nella materia temporale, comune invece a tutti gli ordinamenti statuali.

D'altra parte, il sistema di cooperazione e di integrazione sopranazionale si nutre di una tendenziale convergenza e, a volte, condivisione tra il patrimonio assiologico, le finalità e gli organi dei soggetti coinvolti, mentre la separazione tra ordine civile e ordine confessionale, con il conseguente divieto di ingerenza dell'uno nell'altro, è strumentale alla reciproca libertà e indipendenza sia dello Stato sia delle religioni, e delle rispettive autorità, costituendo il presupposto del loro sistema di rapporti¹⁷. Mi sembrano queste le principali ragioni che rendono poco convincente, nella prospettiva descritta, supporre omogenee la norma confessionale e la norma straniera e che invece permettono di rimarcare, per esempio, l'attualità dello strumento (impropriamente detto)¹⁸ deliberatorio per le sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale¹⁹.

¹⁶ In senso contrario MARIA CRISTINA FOLLIERO, *Cassazione e delibazione matrimoniale: il lungo addio*, in *Dir. eccl.*, 2000, I, 772-773, per la quale esiste una disparità di trattamento della giurisdizione ecclesiastica rispetto a quelle straniere, che si traduce in una disparità di trattamento «tra il cittadino di fede cattolica e il cittadino *tout court*, superabile attraverso «l'adeguamento della disciplina concordataria al diritto nazionale ed europeo». La stessa A. riconosce, tuttavia, che per inserire il diritto di ispirazione religiosa «tra gli ordinari circuiti normogenetici» non esiste altra via se non la revisione costituzionale (774); la strada, a mio avviso, non è invece percorribile, in quanto ne risulterebbe compressa la laicità dello Stato, che, essendo un principio supremo dell'ordinamento, non può essere soggetta ad alcuna modifica, neppure se attuata con procedimento di revisione costituzionale (Corte cost., sent. 29 dicembre 1988 n. 1146, in *Foro it.*, 1989, I, 609 ss.).

¹⁷ Ai sensi dell'art. 1 dell'Accordo del 1984 «[I]a Repubblica italiana e la Santa Sede riaffermano che lo Stato e la Chiesa cattolica sono, ciascuno nel proprio ordine, indipendenti e sovrani, impegnandosi al pieno rispetto di tale principio nei loro rapporti ed alla reciproca collaborazione per la promozione dell'uomo e il bene del Paese». In tema si veda GIUSEPPE CASUSCELLI, *Le laicità*, cit., in particolare 185 ss..

¹⁸ Sul punto rinvio alle osservazioni di GIUSEPPE CASUSCELLI, *Note in tema di giurisdizione ecclesiastica matrimoniale*, in *Dir. eccl.*, 1967, 219 ss., riprese, alla luce delle modificazioni concordatarie del 1984, da NATASCIA MARCHEI, *La giurisdizione sul matrimonio canonico trascritto*, in GIUSEPPE CASUSCELLI (a cura di), *Nozioni di Diritto ecclesiastico*, II ed. Torino, Giappichelli, 2007, 151, per la quale «gli effetti propri della sentenza canonica non si espandono nell'ordinamento dello Stato [...] non essa, ma la pronuncia del giudice civile costituisce il titolo di mutamento di *status* dei coniugi per l'ordinamento civile». In senso contrario PIERLUIGI CONSORTI, *Delibazione di sentenze ecclesiastiche e limite*

Al di là degli aspetti già sottolineati dalla dottrina²⁰ e dalla giurisprudenza della Suprema Corte, ormai consolidata²¹, è dunque il principio costituzionale di distinzione degli ordini a non permettere una sorta di «libera e automatica circolazione» di significati e decisioni confessionali nel sistema giuridico dello Stato e che esige di non applicare la legge di riforma del diritto internazionale privato e processuale alle sentenze di nullità matrimoniale²². Infatti, il riconoscimento automatico di un provvedimento di natura prettamente confessionale viola il divieto di reciproca ingerenza laddove modifica in modo diretto uno

dell'ordine pubblico dopo il Nuovo Accordo di Villa Madama, in *Dir. eccl.*, 1986, II, 410 ss., per il quale dopo l'Accordo del 1984 le sentenze ecclesiastiche di nullità sono soggette ad un «vero e proprio procedimento di delibazione». Ma di vera delibazione non si può parlare in quanto le pronunce ecclesiastiche sono espressione di un ordinamento privo di un territorio su cui dispiegare legittimamente i propri poteri sovrani e caratterizzato da fini e fondamenti assiologici differenti rispetto a quelli propri del diritto secolare, tali da condizionare i presupposti e le modalità del loro riconoscimento nel sistema giuridico dello Stato.

¹⁹ In tema, si vedano le osservazioni di SARA DOMIANELLO, *I matrimoni «davanti a ministri di culto»*, in *Trattato di diritto di famiglia*, a cura di PAOLO ZATTI, vol. I, *Famiglia e matrimonio*, a cura di GLIDA FERRANDO, MARCELLA FORTINO, FRANCESCO RUSCELLO, tomo I, *Relazioni familiari – Matrimonio – Famiglia di fatto*, Milano, Giuffrè, 2002, in particolare 472-473.

²⁰ La bibliografia sul tema è vasta; mi limito pertanto a richiamare i contributi elencati da CONCETTA MARINO, *La delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale nel sistema di diritto internazionale privato e processuale*, Milano, Giuffrè, 2005, 22 ss. (nota 7) e 26 ss. (nota 13), e a segnalare, oltre alla manualistica, i lavori monografici di MARIA CRISTINA FOLLIERO, *Giurisdizione ecclesiastica matrimoniale e diritto internazionale privato*, Salerno, Edisud, 1996 (favorevole all'estensione del riconoscimento «automatico» anche alle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale) e di ANGELO LICASTRO, *Problemi e prospettive del diritto ecclesiastico internazionale dopo la legge n. 218 del 1995*, Milano, Giuffrè, 1997, in particolare 120 ss. (di orientamento contrario rispetto alla precedente Autrice).

²¹ Si vedano, da ultimo, Cass. civ., sez. I, sent. 10 maggio 2006 n. 10796, in *Giust. civ., Mass.*, 2006, 5; Cass. civ., sez. I, sent. 30 maggio 2003 n. 8764, in (tra le altre riviste) *Quad. dir. pol. eccl.*, 2003/3, 942 ss., e in *Giur. it.*, 2004, I, 970 ss., con nota di GIOVANNI CERRETO, *Delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale: la giurisprudenza si consolida*.

²² In senso contrario ANTONIO VITALE, *Corso di diritto ecclesiastico. Ordinamento giuridico e interessi religiosi*, X ed., Milano, Giuffrè, 2005, 399-400, il quale considera dettata da formalismo la mancata applicazione della l. n. 218 del 1995 alle sentenze ecclesiastiche: «se le norme concordate devono servire per agevolare il soddisfacimento degli interessi istituzionalizzati dei gruppi confessionali, rispetto alle maggiori difficoltà che comporterebbe per tale soddisfacimento l'utilizzazione del diritto comune, allora è veramente grottesco invocare la loro preminenza quando, per i mutamenti del diritto comune, quelli che in certo momento storico apparivano strumenti agevolativi appaiono ora strumenti penalizzanti». Di rimando, occorre tuttavia sottolineare che sembra fuorviante inquadrare la questione all'interno della dialettica tra fonti unilaterali e fonti pattizie nel promuovere l'appagamento degli interessi religiosi dei cittadini fedeli; piuttosto la tematica coinvolge i principi che guidano il riconoscimento civile delle norme e delle pronunce confessionali, la cui rilevanza non può prescindere da una previa verifica di compatibilità (o, meglio, di non incompatibilità) con l'ordine pubblico. Di parere conforme a quello qui criticato GIUSEPPE DALLA TORRE, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, III ed., Torino, Giappichelli, 2007, in particolare 180 ss.. In senso contrario, PAOLO MONETA, *Matrimonio religioso e ordinamento civile*, III ed., Torino, Giappichelli, 2002, 113 ss.

status, come quello coniugale, che, a differenza per esempio delle qualifiche confessionali²³, esprime contenuti propri dell'ordine delle questioni civili, quali gli aspetti personali e patrimoniali nella famiglia²⁴; tanto più che neppure a seguito del giudizio di «delibazione» gli archivi dello stato civile registrano la trascrizione del provvedimento ecclesiastico, riportando solo la trascrizione della sentenza della Corte d'Appello che ne effettua il riconoscimento²⁵.

Anche l'ordinamento europeo, nel quadro dell'incompetenza dell'Unione in materia di rapporti con le confessioni religiose²⁶, sembra dare conferma della necessità che la rilevanza civile del diritto religioso sia subordinata ad una previa opera di «filtraggio» da parte dei singoli Stati. Il regolamento 27 novembre 2003 n. 2201/2003²⁷, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, fa salvi gli effetti degli impegni pattizi conclusi dal Portogallo, dall'Italia e dalla Spagna²⁸, con questo implicando che la circolazione delle

²³ L'art. 23, secondo comma, del Trattato lateranense prevede infatti la piena efficacia giuridica, anche agli effetti civili, delle sentenze e dei provvedimenti ecclesiastici comunicati in maniera ufficiale alle autorità civili «circa persone ecclesiastiche o religiose e concernenti materie spirituali o disciplinari». Anche in questo caso, tuttavia, il Protocollo addizionale all'Accordo del 1984 precisa che «[I]a Santa sede prende occasione dalla modificazione del Concordato lateranense per dichiararsi d'accordo, senza pregiudizio per l'ordinamento canonico, con l'interpretazione che lo Stato italiano dà dell'art. 23 del Trattato lateranense, secondo la quale gli effetti civili delle sentenze e dei provvedimenti emanati da autorità ecclesiastiche, previsti dal tale disposizione, vanno intesi in armonia con i diritti costituzionalmente garantiti ai cittadini italiani» (punto 2, lett. c).

²⁴ Ho espresso la medesima considerazione in *L'indipendenza*, cit., 111 – 112, con richiami alla giurisprudenza costituzionale (nota 109). Dello stesso parere ALESSANDRO CESERANI, *Il dibattito sui nuovi modelli familiari: profili ecclesiasticistici*, in *Dir. eccl.*, 2005, 4, 919 ss., il quale affronta con rigore le attuali tematiche in materia di pluralismo familiare alla luce del principio supremo di laicità.

²⁵ Art. 63, punto 2, lettera b), d.p.r. 3 novembre 2000 n. 396, regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile.

²⁶ La «dichiarazione sullo *status* delle chiese e delle organizzazioni non confessionali», dopo il Trattato di Lisobona art. 16C del nuovo Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea, allegata all'Atto finale del Trattato di Amsterdam sancisce che l'Unione europea «rispetta e non pregiudica lo status previsto nelle legislazioni nazionali per le chiese e le associazioni o comunità religiose degli Stati membri» e «rispetta ugualmente lo status delle organizzazioni filosofiche e non confessionali». Sul tema si vedano FRANCESCO MARGIOTTA BROGLIO, *Il fenomeno religioso nel sistema giuridico dell'Unione europea*, in FRANCESCO MARGIOTTA BROGLIO, CESARE MIRABELLI, FRANCESCO ONIDA (a cura di), *Religioni e sistemi giuridici. Introduzione al diritto ecclesiastico comparato*, Bologna, Il Mulino, 2000, 87 ss.; MARCO VENTURA, *La laicità dell'Unione europea. Diritti, mercato, religione*, Torino, Giappichelli, 2001; da ultimo GIANFRANCO MACRÌ, *Il fenomeno religioso nel sistema giuridico dell'unione europea*, in GIANFRANCO MACRÌ, MARCO PARISI, VALERIO TOZZI, *Diritto ecclesiastico europeo*, Roma - Bari, Laterza, 2006, in particolare 134 ss. Da ultimo, si veda JLIA PASQUALI CERIOLI, *Il fattore religioso nel diritto dell'Unione europea*, in MATTEO LUGLI, JLIA PASQUALI CERIOLI, INGRID PISTOLESI, *Elementi di diritto ecclesiastico europeo*, Torino, Giappichelli, 2008, 16 ss..

²⁷ Il provvedimento è stato pubblicato in *GUUE* del 23 dicembre 2003.

²⁸ Ai sensi dell'art. 63 del regolamento n. 2201/2003. Per un commento rinvio a NATASCIA MARCHEL, *IL Re-*

decisioni ecclesiastiche negli altri Stati comunitari segua la previa valutazione dei provvedimenti religiosi da parte del diritto degli Stati concordatari²⁹. A conferma vi è poi il pronunciamento della Corte europea dei diritti dell'uomo sul caso «Pellegrini» contro Italia³⁰, alla cui base è presupposta la piena utilità dell'istituto delibatorio³¹. I giudici di Strasburgo, seguendo il principio generale che impone un attento controllo del rispetto dei principi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo quando si chieda il riconoscimento di decisioni provenienti da soggetti non contraenti (come la Santa Sede), hanno ammonito il giudice nazionale a verificare con più attenzione, prima di procedere all'*exequatur* della sentenza ecclesiastica, che nel procedimento canonico fosse stato rispettato il diritto delle parti all'equo processo.

3. *L'evoluzione dell'ordine pubblico*

A presidio della sovranità statale è posto l'ordine pubblico, la cui «inderogabile tutela» costituisce un principio supremo, che si colloca ai vertici dell'ordinamento costituzionale³².

golamento (CE) n. 2201/2003 ed i Concordati con la Santa Sede, in atti del convegno «Lo scioglimento del matrimonio nei regolamenti europei. Da Bruxelles II a Roma III», tenutosi a Milano il 24 febbraio 2006, a cura di STEFANIA BARIATTI e CAROLA RICCI, Padova, Cedam, 2007, 51 ss.

²⁹ La considerazione trova conferma nel paragrafo 4 dell'art. 63 del regolamento, per il quale l'Italia e la Spagna possono sottoporre il riconoscimento delle decisioni ecclesiastiche con effetti civili secondo il Concordato portoghese alle procedure e ai controlli, più penetranti, previsti dalle proprie discipline concordatarie. Sul punto MARCELLA FORTINO, *La «questione» e le ragioni della sua interdisciplinarietà*, in SARA DOMIANELLO (a cura di), *Gli effetti economici dell'invalidità dei matrimoni concordatari*, Milano, Giuffrè, 2006, 28 ss.; PAOLO MONETA, *Matrimonio*, cit., 116.

³⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, «Pellegrini c. Italia», sent. 20 luglio 2001, in (tra le altre riviste) *Quad. dir. pol. eccl.*, 2001/3, 887 ss.; *Corr. giur.*, 2002, n. 2, 165 ss., con nota di RAFFAELE BOTTA, *La «delibazione» delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo; Giust. civ.*, 2001, II, 345 ss., con nota di JOAQUÍN LLOBELL, *Il diritto all'equo processo. Note a proposito della sentenza della Cedu*. Si confrontino inoltre i commenti raccolti nei volumi *Il principio del contraddittorio tra l'ordinamento della Chiesa e gli ordinamenti statali*, a cura di SANDRO GHERRO, Padova, 2003, AA.VV., *La sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 20 luglio 2001*, Milano, 2004, e le osservazioni di EDOARDO DIENI, *L'arrêt Pellegrini contre Italie de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Revue de droit canonique*, 51, 2001, 51 ss..

³¹ Secondo RAFFAELE BOTTA, *Tutela del sentimento religioso ed appartenenza confessionale nella società globale*, Torino, Giappichelli, 2002, 240, l'intervento della Corte europea potrebbe essere un segnale che il controllo del giudice della delibazione «ha perduto di efficacia». In tema si vedano anche ADELAIDE MADERA, *La rilevanza civile dei matrimoni religiosi in Italia in una prospettiva comparatistica*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), aprile 2007, 29 ss., e NATASCIA MARCHEI, *Il Regolamento*, cit., secondo la quale «sembra che la Corte europea abbia preteso dai giudici italiani in relazione alle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale un controllo più rigoroso di quello richiesto dall'art. 22 lett. b) del Regolamento».

³² Secondo Corte cost., sent. 2 febbraio 1982 n. 18, in *Giur. cost.*, 1982, I, 138 ss., «[l]a inderogabile

Il legame tra i due elementi³³ è segnato da relazioni, per così dire, biunivoche: laddove il potere sovrano dello Stato mantiene saldi i propri termini, il ruolo di garanzia dell'ordine pubblico rimane immutato; a propria volta, i principi di ordine pubblico concorrono a esprimere contenuti sui quali non è ammissibile alcun arretramento della sovranità, che non può essere compressa in tale ambito né ad opera del diritto internazionale o comunitario né per mezzo del diritto negoziato con le confessioni religiose.

I mutamenti della sovranità si riflettono allora sul ruolo dell'ordine pubblico, alla cui funzione di preservare l'armonia dell'ordinamento nazionale di fronte ad elementi estranei ritenuti inammissibili si è affiancata quella di fare apprestare «discipline in grado di assicurare l'effettivo godimento da parte dei singoli dei diritti fondamentali»³⁴.

Si sta dunque configurando in concreto un compito “positivo” dell'eccezione di ordine pubblico³⁵, quasi di stimolo evolutivo del sistema normativo se si considerano gli elementi meta-giuridici di cui si compone³⁶, che ne sot-

tutela dell'ordine pubblico, e cioè delle regole fondamentali poste dalla Costituzione e dalle leggi a base degli istituti giuridici in cui si articola l'ordinamento positivo nel suo perenne adeguarsi all'evoluzione della società, è imposta soprattutto a presidio della sovranità dello Stato, quale affermata nel comma secondo dell'art. 1, e ribadita nel comma primo dell'art. 7 della Costituzione. Entrambi questi principi [*la Corte si riferisce anche al diritto di agire e resistere in giudizio a difesa dei propri diritti*] vanno ascritti nel novero dei “principi supremi dell'ordinamento costituzionale”».

³³ Sul punto richiamo l'insegnamento di ROBERTO AGO, *Lezioni di diritto internazionale privato. Parte generale*, Milano, 1955, 196 ss.

³⁴ FRANCO MOSCONI – CRISTINA CAMPIGLIO, *Diritto*, cit., 184, richiamano la pronuncia del 17 luglio 2000 con cui il Tribunale di Milano ha ritenuto contrario all'ordine pubblico il diritto nazionale di un transessuale straniero che non disciplinava l'ipotesi del mutamento di sesso e ha applicato il diritto italiano, emettendo l'autorizzazione necessaria al cambiamento di genere.

³⁵ Sul punto SARA DOMIANELLO, *Ordine pubblico, giurisprudenza per principi e delibazione matrimoniale*, Milano, Giuffrè 1989, in particolare 45 ss. Il fenomeno si manifesta con una certa evidenza anche nel rapporto tra diritto comunitario e diritti nazionali. Come osserva FRANCESCA ANGELINI, *Ordine pubblico nel diritto comunitario*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. Aggiornamento, Torino, 2005, 506, l'eccezione di ordine pubblico produce un effetto per il quale «la norma nazionale, espressione di un potere normativo esterno, viene recepita dal diritto comunitario», con il risultato della «integrazione del diritto nazionale piuttosto che dell'evizione della norma comunitaria». L'A. sottolinea poi il legame tra ordine pubblico comunitario e garanzia dei diritti inviolabili (di cui si nutre lo sviluppo del concetto più ampio di ordine pubblico «europeo», composto dai principi alla base del diritto comunitario, dai principi espressi nelle tradizioni costituzionali degli Stati membri e dai diritti e dalle libertà fondamentali sanciti nella Convenzione e protetti dalla Corte europea dei Diritti dell'uomo), che esalta il ruolo promozionale e costruttivo del primo nel rendere «agli ordinamenti nazionali un ordine pubblico amalgamato di ideali comuni europei, sulla base del quale è possibile rafforzare la tutela dei diritti fondamentali» (521).

³⁶ Questi elementi sono presenti, pur con sfumature diverse, in tutte le definizioni della clausola, a partire da quella proposta nella citata sent. n. 18 del 1982 della Corte cost.. Secondo GIUSEPPE BARILE, *Principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e principi di ordine pubblico internazionale*, in ENRICO VITALI – GIUSEPPE CASUSCELLI, *La disciplina del matrimonio concordatario dopo gli*

tolinea la natura di presidio sostanziale a difesa di interessi che l'ordinamento considera irrinunciabili³⁷.

Occorre dunque cogliere il dato attuale della sicura vitalità della clausola, che non si appiattisce al livello di una verifica formale di compatibilità o, al contrario, di impermeabilità tra valori, norme o istituti propri di ordinamenti diversi, ma raggiunge il piano qualitativo della protezione e della promozione di interessi fondamentali. Questo comporta che essa mantiene saldo il proprio compito di garanzia anche laddove il grado di cooperazione o, addirittura, di integrazione tra due ordinamenti è molto sviluppato³⁸, come dimostrano gli espressi richiami al limite contenuti in recenti norme comunitarie³⁹. In questa specifica prospettiva non vi è dunque alcuna «attenuazione»⁴⁰ dell'ordine pubblico, in quanto il rigore dello strumento non può essere modulato «in relazione al più o meno elevato grado di estraneità delle fattispecie rispetto all'ordinamento italiano»⁴¹. D'altra parte, il rapporto tra ordine pubblico e sovranità dello Stato depone a favore di una idea unitaria del primo, così come

Accordi di Villa Madama, Milano, Giuffrè 1988, 97, il concetto è riassumibile nel complesso dei «principi fondamentali – rilevabili direttamente dall'interprete, senza limiti di forma, da fatti storici, politici, giuridici, economici, ecc. – che, in un determinato momento storico, si presentano dotati di un altissimo grado di imperatività nella coscienza giuridica collettiva di una comunità statale». Per FRANCO MOSCONI – CRISTINA CAMPIGLIO, *Diritto*, cit., 183, l'ordine pubblico è «l'insieme dei principi etici, economici, politici e sociali che, momento per momento, determinano i caratteri essenziali degli istituti del nostro ordinamento giuridico, nei vari campi della convivenza sociale». Sulla caratteristica della variabilità nel tempo della clausola si veda GIORGIO BADIALI, *Ordine pubblico. III) Diritto internazionale privato e processuale*, in *Enc. giur.*, XXII, Roma, 1990, in particolare 2 ss.

³⁷ Si riferisce all'ordine pubblico come «clausola “al servizio” dei principi» PIERANGELA FLORIS, *Autonomia professionale, principi - limite fondamentali e ordine pubblico*, Napoli, Jovene, 1992, 15.

³⁸ Secondo PAOLO MENGOTZI, *La nozione di ordine pubblico nel diritto comunitario e nel sistema della convenzione di Roma*, Torino, UTET, 1981, 124, è lo stesso diritto comunitario a riconoscere l'insostituibilità del potere sovrano degli Stati nell'affrontare casi in cui sono posti in discussione valori imprescindibili della singole Comunità statali.

³⁹ Mi riferisco, in particolare, al citato regolamento n. 2201/2003, che, all'art. 22 lett. a), stabilisce il mancato riconoscimento delle decisioni di divorzio, separazione personale o annullamento del matrimonio se il riconoscimento «è manifestamente contrario all'ordine pubblico dello Stato membro richiesto».

⁴⁰ La categoria dell'ordine pubblico «attenuato» non descrive il fenomeno, ma interessa in modo più appropriato i settori nei quali la clausola opera, con diversa intensità, di fronte al riconoscimento di alcuni effetti indiretti, spesso a tutela di posizioni deboli, che norme straniere producono nel diritto interno. In materia di matrimoni poligamici, per esempio, la giurisprudenza di legittimità (come precisa NICOLA COLAIANNI, *Poligamia e principi del «diritto europeo»*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2002/1, 242 ss.) ha riconosciuto ad un soggetto la posizione successoria di coniuge malgrado il suo *status* fosse stato acquistato attraverso un matrimonio islamico (Cass., sez. I, sent. 2 marzo 1999 n. 1739, in *Foro it.*, 1999, I, 1458).

⁴¹ FRANCO MOSCONI – CRISTINA CAMPIGLIO, *Diritto*, cit., 187.

unitaria è la concezione della sovranità fatta propria dalla giurisprudenza costituzionale⁴².

4. *La «maggiore disponibilità» verso il diritto canonico matrimoniale: le ombre di una formula (in quanto, e non solo) «ellittica»*

Uno dei campi in cui il rapporto di bilateralità tra Stato e Chiesa ha trovato più intenso sviluppo, nei presupposti teorici e nelle soluzioni normative individuate, è la materia matrimoniale.

Il riconoscimento civile del matrimonio canonico trascritto e delle pronunce ecclesiastiche di nullità ha portato la Cassazione ad elaborare un vero e proprio diritto giurisprudenziale⁴³, nell'ambito del quale le Sezioni unite hanno affermato una asserita «maggiore disponibilità» dell'ordinamento statale nei confronti dell'ordinamento canonico, riducendo la barriera dell'ordine pubblico entro un ambito di operatività marginale⁴⁴. L'indirizzo, segnato prima dell'intervento del legislatore pattizio nel ridisegnare il sistema di riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale, aveva cercato, rompendo il rapporto virtuoso tra principio di uguaglianza e nomofilachia⁴⁵, di limitare gli effetti di un possibile impatto dirompente della sentenza n. 18 del 1982 della Corte costituzionale. Il giudice delle leggi, in

⁴² Con la citata sentenza n. 18 del 1982 la Corte si è riferita alla sovranità «afferzata» nel secondo comma dell'art. 1 Cost. e «ribadita» nel primo comma dell'art. 7 Cost.

⁴³ Sul ruolo della giurisprudenza di legittimità nell'ampliare «il potere dell'autorità ecclesiastica» in materia matrimoniale rinvio a ARTURO CARLO JEMOLO, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, V ed., Milano, Giuffrè, 1979, 541 ss..

⁴⁴ Cass. civ., sez. un., sent. 1 ottobre 1982 n. 5026, in *Foro it.*, 1982, I, 2799 ss. (commenti alla pronuncia sono segnalati da SARA DOMIANELLO, *Ordine*, cit., nota 38, 124 – 125), per la quale il riferimento al tradizionale concetto di ordine pubblico internazionale espresso dalla Corte cost. nella sentenza n. 18 del 1982 avrebbe dovuto essere contemperato con la singolarità della disciplina pattizia sul riconoscimento civile del matrimonio canonico trascritto, in quanto «la specialità del regime concordatario in materia matrimoniale costituisce una delle “regole fondamentali” in cui l'ordine pubblico si sostanzia». L'indirizzo è stato confermato da Cass. civ., sez. un., sent. 6 dicembre 1985 n. 6128, in *Foro it.*, 1986, I, 396 ss., commentata, tra gli altri, da ENRICO VITALI, *Ordine pubblico e deliberazione di sentenza ecclesiastica*, in *Quadrimestre*, 1986, 159 ss.

⁴⁵ Come osserva CLAUDIO CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova, Cedam, 2006, 168, la Cassazione, investita in questo ambito di una finalità costituzionale, contribuisce con la funzione di nomofilachia alla concretizzazione, nel campo dell'attuazione giudiziaria del diritto, del principio di uguaglianza, anche se lo scopo «da molti decenni è sempre più peraltro commisto – e nella pratica soverchiato – con il fine di soddisfare l'interesse dei privati soccombenti ad una migliore decisione della causa».

linea con le considerazioni già compiute da parte della dottrina⁴⁶ e accolte nella sostanza dalla giurisprudenza cd. «innovatrice»⁴⁷, aveva dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 1 l. n. 810 del 1929, ove dava esecuzione all'art. 34, sesto comma, del Concordato lateranense⁴⁸, e dell'art. 17, secondo comma, l. n. 847 del 1929 (cd. «legge matrimoniale») nella parte in cui non prevedevano che alla Corte d'appello, all'atto di rendere esecutiva la sentenza del tribunale ecclesiastico, spettasse accertare, tra l'altro, che la pronuncia canonica non contenesse disposizioni contrarie all'ordine pubblico italiano⁴⁹.

L'aver attribuito alla clausola una caratteristica di «inderogabilità» e averne elevato la tutela a principio supremo dell'ordinamento costituzionale avrebbe potuto sconvolgere un meccanismo di rilevanza civile delle pro-

⁴⁶ Hanno criticato il sistema del riconoscimento «automatico» dei provvedimenti ecclesiastici di nullità, tra gli altri, MARIO FALCO, *Corso di diritto ecclesiastico*, II ed., Padova, Cedam, 1938, 265 ss.; ARTURO CARLO JEMOLO, *Il matrimonio*, in *Tratt. dir. civ. it.*, diretto da FILIPPO VASSALLI, vol. III, tomo I, fasc. I, Torino, UTET, 1961, 352 ss.; CESARE MAGNI, *Gli effetti civili del matrimonio canonico*, Padova, Cedam, 1948, 175 ss.; FRANCESCO FINOCCHIARO, *Uguaglianza giuridica e fattore religioso*, Milano, Giuffrè, 1958, 285 ss.; FRANCO CIPRIANI, *Nullità del matrimonio concordatario e tutela giurisdizionale civile*, in SALVATORE BORDONALI – ANTONIO PALAZZO, *Concordato e legge matrimoniale*, Napoli, Jovene, 1990, 596 ss.

⁴⁷ Si veda, fra tutte, Cass. civ., sez. I, sent. 29 novembre 1977 n. 5188, in *Giur. it.*, 1978, I, 1, 761 ss., con nota di FRANCESCO FINOCCHIARO, *La giurisprudenza innovatrice della Cassazione in tema di efficacia civile delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale* (1699 ss.). Con questa pronuncia la Suprema Corte, a differenza del giudice delle leggi, aveva però dichiarato la manifesta infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale delle norme poi dichiarate non conformi a Costituzione; ma solo in quanto aveva già individuato in capo alle Corti d'appello, sulla scorta dei principi generali in tema di riconoscimento delle sentenze straniere, il compito di accertare che le sentenze ecclesiastiche non contrastassero con l'ordine pubblico italiano.

⁴⁸ La norma recitava: «i provvedimenti e le sentenze relative [al matrimonio canonico trascritto], quando siano divenute definitive, saranno portate al Supremo Tribunale della Segnatura, il quale controllerà se siano state rispettate le norme del diritto canonico relative alla competenza del giudice, alla citazione e alla legittima rappresentanza o contumacia delle parti. I detti provvedimenti e le sentenze definitive coi relativi decreti del Supremo Tribunale della Segnatura saranno trasmessi alla Corte di appello dello Stato competente per territorio, la quale, con ordinanze emesse in camera di consiglio, li renderà esecutivi agli effetti civili ed ordinerà che siano annotati nei registri dello stato civile a margine dell'atto di matrimonio. Quanto alle cause di separazione personale, la Santa Sede consente che siano giudicate dall'autorità giudiziaria civile».

⁴⁹ La Corte ha dichiarato l'incostituzionalità delle medesime disposizioni anche nella parte in cui non prevedevano che nel processo canonico fosse stato assicurato alle parti il diritto di agire e resistere in giudizio a difesa dei propri diritti. Nella stessa pronuncia è stata dichiarata pure l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 l. n. 810 del 1929, limitatamente all'esecuzione data all'art. 34, commi quarto, quinto e sesto, del Concordato, e dell'art. 17 della legge matrimoniale nella parte in cui le norme prevedevano che la Corte d'appello potesse rendere esecutivo agli effetti civili il provvedimento ecclesiastico col quale era accordata la dispensa dal matrimonio rato e non consumato, e ordinare l'annotazione nei registri dello stato civile a margine dell'atto di matrimonio. Le motivazioni riguardano la natura amministrativa del procedimento di *dispensa super rato*, nel quale le parti, in mancanza di «un giudice e un giudizio», non si possono avvalere di una adeguata tutela giurisdizionale.

nunce confessionali improntato nella prassi giurisprudenziale ad una sorta di canone di automaticità; di qui l'intervento «mitigatore» della Cassazione. L'orientamento sembra però superato, dal momento che, come si è visto sopra, l'esistenza di un accordo, pur se connotato da un significativo livello di cooperazione, non è sufficiente per giustificare una compressione del ruolo di garanzia dell'ordine pubblico. Per questo non vale obiettare che il diritto concordatario, diversamente dal diritto straniero, è strumentale alla tutela della libertà religiosa dei cittadini fedeli; la libertà va infatti bilanciata con altre prerogative di eguale rilievo costituzionale, che trovano copertura (immediata o mediata) proprio nel limite dell'ordine pubblico.

La regola della «maggiore disponibilità» gode da tempo in giurisprudenza di una costante fortuna. Sebbene la locuzione non sia più richiamata in modo espresso, i giudici, salvo poche voci isolate⁵⁰, si conformano a quel criterio, svuotando di fatto la carica garantista dell'eccezione di ordine pubblico, ritenuto di ostacolo alla delibazione solo in residuali e stereotipati casi⁵¹. Lo sforzo esegetico volto a dare un fondamento alla formula, che le stesse Sezioni unite hanno definito «ellittica»⁵², ha portato la Cassazione a una forzatura interpretativa. Secondo la Suprema Corte con l'espressione «maggiore disponibilità» si intende la necessità di considerare che attraverso lo strumento concordatario

⁵⁰ È interessante la sentenza 6 luglio 2006 n. 15409 (in corso di pubblicazione in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2006/3) con cui la prima sezione della Cassazione ha ritenuto che, nel caso di una sentenza ecclesiastica di nullità per vizio del consenso da *vis vel metus*, l'efficacia civile del provvedimento vada subordinata alla verifica da parte della Corte d'appello delle condizioni secondo le quali il timore è riconosciuto quale causa di nullità del matrimonio ai sensi dell'art. 122 c.c., poiché, in caso contrario, il riconoscimento si tradurrebbe «nella previsione di una causa di nullità non ammessa dall'ordinamento italiano». Si veda inoltre Cass. civ., sez. I, ord. 21 agosto 2007, n. 17767, in *Quad. dir. eccl.*, 2007/3, 814.

⁵¹ Sul punto richiamo le osservazioni di GIUSEPPE CASUSCELLI, *La problematica del convegno*, in ENRICO VITALI – GIUSEPPE CASUSCELLI, *La disciplina*, cit., in particolare 44 ss. Oltre al consolidato orientamento giurisprudenziale che esclude la delibazione nei casi di «riserva mentale» nella *intentio* simulatoria unilaterale (a partire dalla citata sentenza delle sezioni unite n. 5026 del 1982), autorevole dottrina (FRANCESCO FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, IX ed., Bologna, Zanichelli, 2003, 481) ha individuato negli impedimenti «tipicamente confessionali» alla validità del matrimonio canonico (disparità di culto, ordine sacro e voto pubblico e perpetuo di castità) ipotesi ostative al riconoscimento civile. Altri Autori si sono però posti il dubbio se «anche le cause di nullità matrimoniali “confessionali” non meritino di aspirare ad un qualche riconoscimento indiretto, sia pure sotto la veste di motivi di nullità, per difetto di causa, dell'opzione *pro* nozze civili confessionalmente assistite, destinati a rilevare, quindi, soltanto nella sede dell'impugnazione (della trascrizione) dell'atto di scelta di un matrimonio del tipo concordatario» (SARA DOMIANELLO – EDOARDO DIENI, *La patologia dei «matrimoni civili confessionalmente assistiti»*, in GIANLUCA SICCHIERO (a cura di), *Separazione, divorzio, annullamento*, Bologna, Zanichelli, 2005, 312. In questo senso anche NICOLA COLAIANNI, *Sulla «specificità» dell'ordinamento canonico*, in AA.VV., *Matrimonio concordatario e tutela giurisdizionale*, a cura di FRANCO CIPRIANI, Napoli, Jovene, 1992, 79.

⁵² Cass. civ., Sez. un., sent. 20 luglio 1988 n. 4700, in *Giust. civ.*, 1988, 1935.

«lo Stato italiano ha dapprima riconosciuto e poi recepito nell'ordinamento il sistema matrimoniale canonico, comprensivo non solo delle norme che disciplinano la costituzione del vincolo, ma anche di quelle che ne regolano il venir meno»⁵³. Questo «recepimento» costituisce dunque il presupposto, a detta delle Sezioni unite, della particolare apertura nei confronti del diritto canonico matrimoniale.

La posizione, già nel momento in cui è stata espressa, è apparsa legata a schemi superati. Non solo perché la Corte ha riproposto, oltre trent'anni dopo l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, un modello di rinvio al diritto religioso giustificabile all'interno del quadro costituzionale confessionista vigente nel 1929; ma anche perché il giudice costituzionale aveva già affrontato la questione, evidenziando che con il Concordato «lo Stato ha assunto unicamente l'impegno di riconoscere al matrimonio contratto secondo il diritto canonico, e regolarmente trascritto, gli stessi effetti del matrimonio celebrato davanti all'ufficiale di stato civile»⁵⁴, secondo quanto ora indicato dall'art. 8 dell'Accordo di Villa Madama. Diversamente, ne risulterebbe violato il principio supremo di laicità e di distinzione tra ordine statale e ordine confessionale, che impedisce (non la rilevanza ma) l'assorbimento di una specifica disciplina religiosa nel tessuto ordinamentale dello Stato.

Di recente però la Cassazione, riconoscendo che «lo Stato italiano, attraverso il Concordato con la Santa Sede, *non* ha inteso recepire la disciplina canonistica del matrimonio»⁵⁵, ha espresso un deciso cambio di indirizzo. La «maggiore disponibilità» si trova dunque ora privata del suo fondamento, con la conseguenza che la clausola, superato il principale argomento utilizzato dalla giurisprudenza a supporto, perde ogni base ermeneutica. Occorre quindi riconsiderare se il principio possa costituire, adesso più che mai, il criterio guida in materia di limiti al riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale.

⁵³ In questi termini la sopra citata sentenza delle sezioni unite. In precedenza il medesimo consesso, nella citata sentenza n. 5026 del 1982, aveva sottolineato «la peculiarità del rapporto corrente, anche con specifico riferimento all'istituto matrimoniale, fra l'ordinamento statale e l'ordinamento canonico».

⁵⁴ Corte cost., sent. 6 dicembre 1973 n. 176, in *Giur. cost.*, 1973, II, 2338 ss. Come precisa SALVATORE BERLINGÒ, *Matrimonio concordatario e giurisdizione ecclesiastica: tra cooperazione e concorso*, in *Quad. dir. pol. ecl.*, 1994/1, 113, la Corte, nelle sentenze nn. 32 e 169 del 1971 e nn. 175 e 176 del 1973, «si giovò di un modulo concettuale diverso dal rinvio formale, e precisamente dello schema del rinvio di presupposizione».

⁵⁵ Cass. civ., sez. I, sent. 16 novembre 2006 n. 24494, leggibile in *www.olir.it*

*La «maggiore disponibilità» nei confronti del diritto canonico matrimoniale: una formula «ellittica»
al vaglio dell'evoluzione dell'ordine pubblico*

5. «Maggiore disponibilità» e salvaguardia della «specificità» dell'ordinamento canonico: due ipotesi distinte

La “maggiore disponibilità” era utilizzata per scongiurare che le diversità di disciplina (sostanziale e processuale) tra cause di nullità matrimoniale canoniche e cause di nullità civili impedissero il riconoscimento nel diritto dello Stato delle sentenze ecclesiastiche⁵⁶. Se il principio era finalizzato al condivisibile intento di evitare che il giudizio di delibazione fosse condizionato in modo eccessivo da una valutazione puntigliosa di difformità tra *capita nullitatis*, esso ha avuto l'effetto, come detto, di comprimere l'ambito di funzionamento dell'ordine pubblico⁵⁷. Al legislatore però, una volta tanto, non si può muovere la critica di avere avallato la disarmonia del quadro⁵⁸. L'art. 8, punto 2, dell'Accordo del 1984 e il punto 4, lettera *b*), del Protocollo addizionale disegnano un nuovo sistema di riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche di nullità, richiamando, al contempo, sia la «specificità» del diritto canonico sia le condizioni per la dichiarazione di efficacia delle sentenze straniere, tra cui il rispetto dell'ordine pubblico. Sono stati così centrati due obiettivi: si è allontanata la tentazione di ancorare il riconoscimento a un giudizio di comparazione tra istituti propri di ordinamenti per natura molto distanti; ma si è altresì affermato, in linea con l'ammonimento del 1982 del giudice delle leggi, il ruolo fondamentale dell'ordine pubblico nel presidiare valori e principi fondamentali per il diritto statale.

La giurisprudenza non ha approfondito la portata dell'innovazione legislativa e ha fornito un'interpretazione sbilanciata del testo concordatario, preferendo strutturare le proprie decisioni sul richiamo alla specificità dell'ordinamento canonico piuttosto che sul giudizio di ordine pubblico; quasi a garanzia di una «continuità» non sgradita alle Parti dell'Accordo, che ancora oggi non hanno provveduto a concordare una disciplina di attuazione che dia sviluppo alle innovazioni della disposizione pattizia, lasciando così in vita la

⁵⁶ Sul punto rinvio a SARA DOMIANELLO, *Ordine*, cit., 124 ss., con ampie note di commento e di richiami.

⁵⁷ Molto critico il commento di FULVIO UCCELLA, *Ordine pubblico italiano e sentenza canonica di nullità matrimoniale (un altro intervento delle Sezioni unite; ma continua l'alienazione giuridica)*, in *Giur. it.*, 1989, I, 81, per il quale «se si vuole dire che in tema di rapporti interordinamentali esso criterio [la maggiore disponibilità] consenta una deroga all'ordine pubblico italiano a rilevanza internazionale si propone solo una petizione di principio, sul versante giuridico, una formula vuota, perché non si adoperi un criterio rigorosamente scientifico».

⁵⁸ Per una critica positiva all'equilibrio del testo pattizio si veda OMBRETTA FUMAGALLI CARULLI, *Giurisdizione ecclesiastica e Corte costituzionale*, in *Diritto ecclesiastico e Corte costituzionale*, a cura di RAFFAELE BOTTA, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, in particolare 194-195.

vecchia legge matrimoniale del 1929. Lo squilibrio interpretativo ha vanificato il significato composito della disciplina concordataria, determinandone una lettura parziale. L'effetto è stato quello di considerare la sottolineatura legislativa del carattere peculiare del diritto confessionale una declinazione della «maggiore disponibilità»⁵⁹. L'orientamento rischia però di vanificare la *ratio* del mantenimento dell'istituto delibatorio, e del suo progressivo rafforzamento nella vigenza dell'art. 8 dell'Accordo, segnando un curioso paradosso: in dottrina si è infatti sostenuto che la salvaguardia della specificità, intesa come significativa apertura, dell'ordinamento canonico è il motivo per il quale si chiede al contempo il filtro (preventivo) della delibazione, ma altresì «la ragione dell'allargamento del filtro»⁶⁰.

Una lettura costituzionalmente orientata della disciplina concordataria, da interpretarsi anche nel senso che limita meno la sovranità delle parti⁶¹, invita a rimarcare la svolta formalizzata nel Protocollo addizionale. Il riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche in materia matrimoniale non è guidato da un criterio di «maggiore disponibilità», e quindi «maggiore» apertura nei confronti del diritto canonico rispetto ad altri ordinamenti, ma dal rispetto (strumentale alla garanzia della libertà religiosa dei cittadini fedeli) della singolarità dell'ordinamento religioso nel qualificare, secondo la *ratio legis* sua propria, le cause di nullità del vincolo matrimoniale e nell'aver predisposto un sistema processuale adeguato.

In altre parole, il legislatore pattizio, avendo richiamato «le condizioni richieste dalla legislazione italiana per la dichiarazione di efficacia delle sentenze straniere», si è premurato nello stesso momento di porre in evidenza che il sistema di rilevanza riguarda, in questo campo, provvedimenti confessionali, dotati di una caratteristica di particolarità e non pienamente assimilabili a pronunce straniere⁶² (ed è forse anche per questo motivo che

⁵⁹ Sul punto GIUSEPPE D'ANGELO, *Delibazione e contrasto con l'ordine pubblico italiano*, in *Giur. merito*, 2006, 11, 2368-2369.

⁶⁰ ROMANO VACCARELLA, *La delibazione incidentale delle sentenze ecclesiastiche*, in FRANCO CIPRIANI (a cura di), *Matrimonio*, cit., 219.

⁶¹ Per Corte cost., sent. 8 luglio 1971 n. 169, in *Giur. cost.*, 1971, II, 1784 ss., «in materia di accordi internazionali, vale il criterio della interpretazione restrittiva degli impegni che comportino per uno dei contraenti l'accettazione di limiti alla propria sovranità».

⁶² Si veda Cass. civ., sez. I, sent. 1 dicembre 2004 n. 22514, massimata in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2005/3, 952 - 953, per la quale «quando pure si voglia configurare un'assimilazione nel regime di efficacia delle sentenze ecclesiastiche a quelle straniere, è lo stesso protocollo addizionale a segnalare la specificità dell'ordinamento canonico, che lo distingue da ogni altro ordinamento e che è elevata a criterio di interpretazione (art. 4, lett. b) del regime di rilevanza civile delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale». In tema si vedano le considerazioni di MARIO TEDESCHI, *Manuale di diritto ecclesiastico*, IV ed., Torino, Giappichelli, 2007, in particolare 298 ss.; GINESIO MANTUANO, «Ordine

non convince la tesi dell'applicazione della l. n. 218 del 1995 alle sentenze ecclesiastiche). Ne è dimostrazione l'elenco in calce alla lettera *b*) del punto 4 del Protocollo, che compie una sorta di «adattamento» al diritto canonico dei diversi requisiti di riconoscimento in Italia delle sentenze di Stati esteri⁶³. Il condivisibile fine del richiamo alla specificità dell'ordinamento canonico è dunque evitare che le maglie della «inderogabile tutela dell'ordine pubblico» si rivelino, specie a una interpretazione formalistica, troppo rigide (e non, si badi, rigorose) per consentire la rilevanza di una sentenza religiosa, espressiva, per forza di cose, dei singolari portati assiologici del proprio sistema giuridico. L'interpretazione fornita dalla giurisprudenza ha determinato però il risultato opposto: le maglie di un equilibrato giudizio di conformità all'ordine pubblico sono state sostituite da maglie così larghe da condurre a un quasi automatico riconoscimento delle pronunce canoniche, che ha finito «per capovolgere il ragionamento» a suo tempo sviluppato nella sentenza n. 18 del 1982 della Corte costituzionale⁶⁴.

6. Critica al ricorso al concetto di ordine pubblico concordatario

Il sistema di riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale è strumentale alla promozione della libertà religiosa dei cittadini fedeli⁶⁵; in questa prospettiva, è stato sostenuto che nell'individuare i limiti a detto riconoscimento occorre tenere conto del valore, di rilievo costituzionale, della tutela della specificità confessionale⁶⁶. Il compito non giustifica tuttavia

proprio» della Chiesa e delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale, in AA.VV., *Nuovi accordi fra Stato e confessioni religiose*, Milano, Giuffrè, 1985, 370 ss.

⁶³ Sul punto ENRICO VITALI, *La nuova disciplina del matrimonio*, in SILVIO FERRARI (a cura di), *Concordato e Costituzione*, Bologna, Il Mulino, 1985, 86.

⁶⁴ L'osservazione è di PIERANGELA FLORIS, *Autonomia*, cit., 271, che ricorda come il giudice delle leggi avesse stabilito che le sentenze ecclesiastiche potessero essere dichiarate efficaci nel nostro ordinamento *solo quando* fosse stata accertata la loro non contrarietà con i principi di ordine pubblico.

⁶⁵ Osservano SARA DOMIANELLO – EDOARDO DIENI, *La patologia*, cit., 307, che il paradigma internazionalista di ordine pubblico «non si presta a dar conto della circostanza che la domanda di riconoscimento di una sentenza canonica non può paragonarsi *sic et simpliciter* alla domanda di riconoscimento di una sentenza straniera, in quanto la prima risulta complicata e caratterizzata dalla domanda di conferire eccezionale rilevanza civile ad un atto di esercizio della libertà religiosa nell'«uscita» di un matrimonio canonico trascritto, cioè consiste in una domanda di riconoscimento della scelta di avvalersi dell'assistenza della confessione cattolica offerta alle istanze di *démariage* in senso ampio».

⁶⁶ SARA DOMIANELLO, *Ordine*, cit., 130. L'A. precisa che la tutela della specificità confessionale non va intesa come regime privilegiario, ma come specificità dell'ambito di giuridica rilevanza in cui viene ad incidere l'atto di autonomia confessionale soddisfacente delle istanze individuali di libertà religiosa

il ricorso alla vecchia nozione di ordine pubblico in materia concordataria⁶⁷, come invece ipotizzato quale corollario della «maggiore disponibilità»⁶⁸ nonostante il superamento del modello confessionista in materia matrimoniale disegnato dal Concordato del 1929, in cui essa rispondeva con coerenza alla logica del sistema⁶⁹. L'orientamento qui posto in dubbio implica l'utilizzo di un concetto già cristallizzato nei deboli e statici contenuti sino ad ora individuati dalla giurisprudenza, sulla base della considerazione che l'asserita clausola di favore nei confronti dell'ordinamento canonico svolga una funzione limitativa dell'attività dell'ordine pubblico⁷⁰, tale da determinare una «minore resistenza» da parte dell'ordinamento statale nel recepire le sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale⁷¹.

Sono solidi gli argomenti che si oppongono a questa ricostruzione e che depongono a favore di una concezione unitaria di ordine pubblico in materia di limiti alla rilevanza di elementi giuridici estranei all'ordinamento civile⁷²,

positiva. La tematica era già stata analizzata da SALVATORE BERLINGÒ, *Spunti per una fenomenologia della rilevanza dell'ordinamento confessionale e dell'ordine pubblico matrimoniale*, in *Raccolta di scritti in onore di P. Fedele*, a cura di GIOVANNI BARBERINI, Perugia, Università, 1984, tomo II, 815 ss.

⁶⁷ Sul punto RAFFAELE COPPOLA, *Ordine pubblico italiano e specialità del diritto ecclesiastico: a proposito della sentenza della Corte di Cassazione, Sez. un., 1° ottobre 1982, n. 5026*, in *Dir. fam.*, 1982, in particolare 1261 ss.; MARIO FERRABOSCHI, *Sentenze canoniche ed ordine pubblico*, in AA.VV., *Dalle decisioni della Corte costituzionale alla revisione del Concordato*, Milano, Giuffrè, 1986, 74 ss..

⁶⁸ GUIDO LAGOMARSINO, *Ordine pubblico concordatario e buona fede - affidamento ostacolano la delibazione delle sentenze di nullità per simulazione?*, in *Dir. eccl.*, 2002, I, in particolare 687 ss.

⁶⁹ Dopo gli interventi del giudice costituzionale a partire dalle ricordate sentenze nn. 30, 31, e 32 del 1971 e in seguito alla riforma introdotta con l'art. 8 dell'Accordo del 1984 sono da considerarsi superati il principio della omogeneità degli *status* matrimoniali canonici e civili e il principio della automaticità del riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche, sui quali si era costruita la specialità del sistema matrimoniale pattizio del 1929, alla base del concetto di ordine pubblico «concordatario».

⁷⁰ Sono di questo parere, invece, SALVATORE BERLINGÒ, *Spunti per una fenomenologia della rilevanza dell'ordinamento confessionale e dell'ordine pubblico matrimoniale*, in AA.VV., *Raccolta di scritti in onore di P. Fedele*, cit., 818 ss.; RAFFAELE BOTTA, *Matrimonio concordatario*, in *Enc. giur.*, XIX, Roma, agg. 1998, 16, per il quale considerare residuale l'ipotesi in cui l'ordine pubblico osti al riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche di nullità sembra «coerente con l'unificazione del regime matrimoniale che abbiamo vista perseguita dalla revisione concordataria e dalla stipulazione delle intese».

⁷¹ In questi termini la citata sentenza n. 5026 del 1982 delle Sezioni unite della Cassazione.

⁷² In questo senso, seppur con una prospettiva più generale, NICOLA PALAIA, *L'ordine pubblico «internazionale». Problemi di interpretazione dell'art. 31 prel.*, Padova, Cedam, 1974; GIAMPIERO BALENA, *Le condizioni per la delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1991, fasc. 4, 965 ss.; FRANCESCO FINOCCHIARO, *Diritto*, cit., 480; SERGIO LARICIA, *Diritto ecclesiastico*, Padova, Cedam, 1986, 321 ss.; PAOLO MENGOSI, *Sovranità dello Stato, ordine pubblico come limite al riconoscimento di sentenze canoniche di nullità matrimoniale e l'Accordo del 18 febbraio 1984 di modificazione del Concordato lateranense*, in AA.VV., *Nuovi accordi*, cit., 162 ss.; FULVIO UCCELLA, *Ordine*, cit., 81. Di diverso avviso FRANCESCA PREZIOSO, *La nullità del matrimonio*

primo fra tutti il ricordato carattere unitario della sovranità dello Stato⁷³. A questo si aggiunge un dato formale: l'impegno pattizio al rispetto della specificità del diritto canonico non può compromettere l'ambito di operatività del controllo di ordine pubblico, in quanto la sua tutela ricopre, come ricordato, il rango di principio supremo dell'ordinamento costituzionale, al quale si devono conformare anche le norme di derivazione concordataria. Vi è poi l'intrinseca struttura dinamica e mutevole dell'ordine pubblico al fine di rispondere alle esigenze di tutela che sorgono nel tempo, del tutto opposta a un'idea della clausola definita nel limitato quadro dei rapporti concordatari.

È bene chiarire che le norme di esecuzione degli impegni pattizi fanno parte, come le altre, delle fonti legittimate ad esprimere principi di ordine pubblico, ma nell'insieme di un contesto ricco di tutte le articolazioni dell'ordinamento, la cui composizione armoniosa, nel doveroso rispetto della gerarchia delle fonti, guida l'evolversi del limite per adeguarsi alle richieste della società⁷⁴. D'altra parte, sono state le stesse Sezioni unite della Cassazione ad aver riconosciuto che, modificatasi nel tempo la disciplina matrimoniale del 1929, «l'affermata maggiore disponibilità verso l'ordinamento canonico non costituisce – come pure è stato sostenuto in dottrina – enunciazione di un ordine pubblico concordatario», ma dello «stesso ordine pubblico che si configura baluardo generale ad ogni rapporto con gli altri ordinamenti»⁷⁵. Deve condividersi quindi l'opinione di chi, sviluppando il subconcetto di relatività (e non di specialità) dell'ordine pubblico alla base della definizione avanzata dalla giurisprudenza costituzionale, ha sottolineato che il punto di riferimento in materia non è il sistema matrimoniale concordatario né l'autonomia confessionale, ma «i principi, costituzionali e ordinari, che sono

concordatario tra ordine pubblico, buon costume e libertà (positiva e negativa) di matrimonio, in *Giur. cost.*, 2002, fasc. 1, 406-407, per la quale nel rapporto tra ordinamento canonico e ordinamento statale non viene in rilievo la problematica della salvaguardia della sfera della sovranità dello Stato, bensì «la necessità improcrastinabile della protezione dei principi costituzionali più intimamente connessi con il fenomeno religioso», sì che rileva in materia il concetto di ordine pubblico «costituzionale» più che quello di ordine pubblico «internazionale». L'orientamento è nella sostanza conforme a quanto già osservato da AUGUSTO CERRI, *Ordine pubblico costituzionale e ordine pubblico internazionale nelle recenti sentenze della Corte*, in AA.VV., *Dalle decisioni*, cit., 79 ss.; sul punto anche CORRADO CARDARELLO, *L'ordine pubblico «costituzionale» come limite alla esecutività delle sentenze ecclesiastiche*, in *Dir. eccl.*, 1985, 98 ss.

⁷³ Sul punto rinvio a GIUSEPPE BARILE, *Principi*, cit., in particolare 103 ss.

⁷⁴ Richiamo, di nuovo, la sentenza n. 18 del 1982 della Corte cost., secondo la quale per ordine pubblico si intendono le «regole fondamentali poste dalla Costituzione e dalle leggi a base degli istituti giuridici in cui si articola l'ordinamento positivo nel suo perenne adeguarsi all'evoluzione della società».

⁷⁵ In questi termini la citata sentenza n. 4700 del 1988.

propri dell'ordinamento civile in generale, e che caratterizzano in particolare l'istituto matrimoniale»⁷⁶.

7. *La tutela del coniuge più debole come principio di ordine pubblico*

In questa prospettiva, si è avvertito che un «ineludibile principio-cardine del nuovo matrimonio civile riposa nell'effettivo realizzarsi della comunione spirituale e materiale di vita, e nel reciproco, consequenziale affidamento dei coniugi sulla stabilità del rapporto, e sulle connesse responsabilità di ordine patrimoniale»⁷⁷. I rilievi sono ancora attuali, malgrado le Sezioni unite con la sentenza n. 4700 del 1988 abbiano ritenuto che le norme sulla decadenza per la dichiarazione di nullità del matrimonio civile non esprimano principi di ordine pubblico, sì da permettere la delibazione delle nullità canoniche pronunciate anche dopo lunghi periodi dalla celebrazione⁷⁸. L'indirizzo, quasi ventennale, rimane in sé consolidato⁷⁹, ma il trascorrere del tempo e alcune significative prese di posizione della giurisprudenza su questioni collegate richiedono una verifica circa l'attualità dei contenuti di ordine pubblico individuati allora dalla Suprema Corte. L'attenzione va, in particolare, all'esigenza di tutela del coniuge più debole, che una serie di pronunce, anche del giudice

⁷⁶ P. FLORIS, *Autonomia*, cit., 272.

⁷⁷ GIUSEPPE CASUSCELLI, *La problematica*, cit., 47. Secondo LUIGI LACROCE, *Delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale e tutela dell'ordine pubblico*, in *Giust. civ.*, 2002, fasc. 9, 2291 ss., è principio di ordine pubblico l'effettività dell'unione coniugale e la permanenza della comunione materiale e spirituale dei coniugi.

⁷⁸ La sentenza non ha trovato il favore di larga parte della dottrina. Si vedano a tal proposito i commenti di CARLO CARDIA, *Ordinamenti religiosi e ordinamento dello Stato. Profili giurisdizionali*, Bologna, 2003, 249, per il quale «la pronuncia del 1988 è francamente inaccettabile» ed è mossa da motivazioni politiche, in quanto la maggior parte delle sentenze ecclesiastiche viene emessa dopo molto tempo dalla celebrazione e limitarne per questo la rilevanza civile significherebbe cancellare, di fatto, le ipotesi di rilevanza civile dei provvedimenti canonici; FULVIO UCCELLA, *Ordine*, cit., 79 ss.. L'argomento è stato affrontato anche da ANDREA BETTETINI, *Convivenza dei coniugi in costanza di matrimonio nullo e declaratoria di efficacia della sentenza di nullità matrimoniale*, in *Dir. eccl.*, 1988, I, 246 ss.; FRANCESCO DALL'ONGARO, *Orientamento delle S.U. sulla delibazione delle sentenze ecclesiastiche che annullano il matrimonio quando vi sia stata convivenza tra i coniugi*, in *Dir. fam.*, 1988, 1655; FRANCESCO FINOCCHIARO, *La convivenza coniugale come ostacolo per il riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche di nullità del matrimonio*, in *Giust. civ.*, 1987, I, 1908 ss.; VITTORIO PIETROBON, *Delibazione di sentenza canonica, ordine pubblico matrimoniale e convivenza successiva alla celebrazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, 301 ss.

⁷⁹ L'indirizzo è stato ribadito da Cass. civ., sez. I, sent. 12 luglio 2002 n. 10143, in *Fam. dir.*, 2003, fasc. 2, 147 ss., con nota di LUCIA GRAZIANO, *La giurisprudenza e il riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche di nullità del matrimonio*.

della legittimità, pone al centro di recenti decisioni⁸⁰. La questione, solo sfiorata⁸¹, non è stata approfondita nella citata sentenza del 1988, costruita invece attorno all'analisi dei limiti alla proponibilità dell'azione di nullità del matrimonio ai sensi dell'art. 123, secondo comma, c.c. per negare che il decorrere di un anno dalla celebrazione, o la convivenza come coniugi dopo di essa, esprimessero principi di struttura dell'istituto matrimoniale.

Il cuore del problema è però a mio avviso un altro. Non rileva tanto la circostanza che l'effettiva instaurazione del matrimonio – rapporto debba considerarsi di per sé ostativa al riconoscimento civile della pronuncia ecclesiastica. Piuttosto, va colta la completa assenza di tutela del coniuge penalizzato dalle conseguenze dell'efficacia civile della pronuncia ecclesiastica di nullità intervenuta oltre i (volutamente ristretti) limiti di decadenza e prescrizione stabiliti dal codice civile. È quindi in ordine ad un principio di responsabilità patrimoniale a carico del soggetto che promuova (a qualunque titolo) la caducazione di una radicata unione matrimoniale che si gioca il nodo dell'ordine pubblico. L'ordinamento civile fornisce una risposta adeguata con la disciplina in materia di separazione e di divorzio, che viene però elusa in modo manifesto con l'applicazione del regime patrimoniale del matrimonio putativo al caso di riconoscimento delle sentenze canoniche di nullità.

Gli indici che portano a considerare la tutela del coniuge più debole un principio fondamentale in materia matrimoniale, e dunque di ordine pubblico, già colti da un indirizzo lungimirante⁸², si sono irrobustiti nel tempo. Si è an-

⁸⁰ Il punto è stato colto da RAFFAELE BOTTA, *I limiti degli sforzi interpretativi compiuti dalla Cassazione*, in SARA DOMIANELLO (a cura di), *Gli effetti*, cit., in particolare 43 ss.

⁸¹ La sentenza recita: «[q]ueste Sezioni Unite devono comunque dare atto che l'indirizzo giurisprudenziale disatteso è mosso soprattutto da apprezzabili ragioni di tutela del coniuge più debole, il quale – sulla base dell'attuale normativa – è, dal punto di vista patrimoniale, insufficientemente tutelato a seguito di una pronuncia di nullità (cfr. art. 129 e 129 bis c.c.), rispetto alla più ampia tutela che riceve dalla pronuncia di divorzio (cfr. art. 5 e ss. l. 1 dicembre 1970 n. 898, come modificati dalla l. 6 marzo 1987 n. 74) e ciò, in specie, quando la pronuncia di nullità interviene a distanza di anni dalla celebrazione del matrimonio e si sono consolidate situazioni, anche di comunione di vita, che vengono poste nel nulla dalla pronuncia stessa (cfr., in proposito, Cass. n. 5823-87, la quale, a chiare lettere, enuncia il principio secondo cui, una volta intervenuta la convivenza, non vi è altra strada che quella di ottenere una pronuncia giudiziale di scioglimento o di cessazione degli effetti civili di esso, per caducare il matrimonio).

Ciò però non è addebitabile allo strumento concordatario, una volta dimostrato che l'attuale disciplina non contrasta, sul punto, con l'ordine pubblico italiano, ma al legislatore ordinario, il quale, proprio in considerazione della tutela del coniuge più debole, potrebbe, in piena libertà, predisporre, autonomamente, strumenti legislativi – peraltro auspicati dalla più sensibile dottrina – che assimilano, nei limiti del possibile e tenuto conto della diversità delle situazioni, ai fini della tutela patrimoniale, la posizione del coniuge nei cui confronti è stata pronunciata la nullità del matrimonio, a quella del coniuge divorziato».

⁸² Cass. civ., sez. I, sentt. 18 giugno 1987 n. 5354 e n. 5358, sent. 3 luglio 1987 n. 5823; tutte in

zitutto sviluppata la consapevolezza che tale esigenza di garanzia derivi dalla piena attuazione del principio costituzionale di parità tra i coniugi formulato in modo espresso dall'art. 29, secondo comma, Cost.⁸³. In giurisprudenza possono essere colti significativi segnali in questo senso dall'indirizzo che assicura l'intangibilità del giudicato di divorzio anche a fronte della successiva deliberazione di una sentenza di nullità⁸⁴, interpretato come un'apertura alle istanze di tutela patrimoniale della parte più bisognosa in caso di patologia dell'unione matrimoniale⁸⁵. Con l'importante sentenza n. 348 del 1993⁸⁶ la Cassazione ha inoltre stabilito l'ammissibilità di accordi preventivi di contenuto patrimoniale, purché in *melius* rispetto a quanto stabilito dall'art. 129**bis** c.c., nell'ipotesi di un eventuale annullamento del vincolo matrimoniale, anche se pronunciato dal giudice ecclesiastico. Vi sono poi le tre ordinanze che hanno sollevato la questione di legittimità costituzionale decisa dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 329 del 2001⁸⁷. I remittenti hanno concentrato le

Foro it., 1988, I, 474 ss., con nota di ENRICO QUADRI, *Convivenza coniugale e deliberazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale: le nuove prospettive giurisprudenziali*.

⁸³ Sul punto si veda il recente studio di ENRICO AL MUREDEN, *Nuove prospettive di tutela del coniuge debole. Funzione perequativa dell'assegno divorzile e famiglia destrutturata*, Milano, 2007, Ipsoa, in particolare 16 ss..

⁸⁴ Si veda, da ultimo, Cass. civ., sez. I, Sent. 11 febbraio 2008, n. 3186. in www.olir.it, che richiama Cass. civ., sez. I, sent. 4 marzo 2005 n. 4795, in *Giur. it.*, 2005, 2051 ss.. Sul rapporto tra giudicato di cessazione degli effetti civili del matrimonio e deliberazione della sentenza canonica di nullità si vedano, oltre alla manualistica, i contributi di GIAMPIERO BALENA, *Delibazione di sentenza ecclesiastica di nullità e processo di divorzio*, in *Corr. giur.*, 1997, 1318 ss.; GERARDO BIANCO, *Rapporto tra sentenza di divorzio passata in giudicato e sopravvenuta deliberazione di sentenza di nullità matrimoniale*, in *Dir. eccl.*, 2003, II, 41 ss.; VINCENZO CARBONE, *L'annullamento del matrimonio non travolge più il divorzio*, in *Fam. e dir.*, 1997, 213 ss.; LUIGI DE LUCA, *Cessazione degli effetti civili e successiva deliberazione di sentenza canonica relativa alla invalidità dello stesso matrimonio*, in *Dir. eccl.*, 2001, I, 1203 ss.; GIUSEPPE DE MARZO, *Nullità del matrimonio concordatario e statuizioni economiche della sentenza di divorzio*, in *Corr. giur.*, 2001, 9, 1169 ss.; PAOLO DI MARZIO, *Riconoscibilità degli effetti civili alla sentenza ecclesiastica che abbia revocato una precedente sentenza dichiarativa della nullità di un matrimonio c.d. concordatario, cui era già stata riconosciuta efficacia civile con pronuncia passata in giudicato*, in *Dir. fam. e pers.*, 1997, I, 147 ss.; GIOVANNI FAVI, *Nullità, inesistenza, inidoneità al giudicato ed "actio nullitatis"*, in *Giur. merito*, 2003, I, 237 ss.; MARIO FINOCCHIARO, *Sentenza di divorzio, deliberazione della pronuncia ecclesiastica di nullità e (inesistenza) di giustificati motivi per la revisione delle disposizioni concernenti l'assegno periodico*, in *Giust. civ.*, 2001, I, 1482 ss.; CONCETTA MARINO, *Sul rapporto tra il giudicato di divorzio e la deliberazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*, in *Corr. giur.*, 2002, 1202 ss.; ENRICA MARTINELLI, *Delibabilità della sentenza canonica di nullità del matrimonio di cui sia già stata pronunciata la sentenza di cessazione degli effetti civili in Italia*, in *Nuova giur. civ. commentata*, 1994, I, 799 ss.; PAOLO MONETA, *Nullità del matrimonio concordatario e rapporti patrimoniali*, in *Justitia*, 2004, I, 203 ss..

⁸⁵ In questo senso, da ultimo, ENRICO AL MUREDEN, *Nuove prospettive*, cit., 92 ss..

⁸⁶ Cass. civ., sez. I, sent. 13 gennaio 1993 n. 348, in *Giur. it.*, 1993, I, 1670 ss.; i commenti della dottrina sono richiamati da RAFFAELE BOTTA, *I limiti*, cit., 52, nota 24.

⁸⁷ Corte cost., sent. 27 settembre 2001 n. 329, in *Giur. cost.*, 2001, 2779 ss., con nota di ANDREA GUAZZAROTTI, *Implicazioni e potenzialità delle sentenze additive di principio. (In margine alla sent.*

proprie argomentazioni sulla insufficienza della tutela economica accordata al coniuge debole a seguito riconoscimento di una sentenza di nullità del matrimonio concordatario rispetto alla più tutelante disciplina dettata nei casi di scioglimento e di cessazione degli effettivi civili del vincolo. Gli stessi giudici della Consulta, nel dichiarare l'infondatezza della questione per la difficoltà di equiparare nei presupposti e negli effetti le fattispecie della nullità e del divorzio, hanno sì censurato le argomentazioni dei giudici *a quibus*, ma senza sconfessare le problematiche sostanziali sollevate. Infatti, la Corte avrebbe auspicato che l'esame di costituzionalità si fosse concentrato sulla «disciplina generale» degli effetti conseguenti alla nullità del matrimonio civile, applicabile anche alle nullità dei matrimoni concordatari, per il caso dell'esistenza di una consolidata comunione di vita, la cui dissoluzione arreca pregiudizio al soggetto economicamente più bisognoso. Rileva la Corte infatti che «l'esigenza di tutela» del coniuge debole può porsi anche in caso di nullità di matrimoni celebrati ai sensi del codice civile⁸⁸ o di un ordinamento straniero e rilevanti secondo le norme di diritto internazionale privato italiano. Il «suggerimento» lascia pensare che se la questione fosse stata prospettata nei termini indicati il giudice delle leggi non si sarebbe limitato, come invece ha fatto, a esortare un intervento perequativo del legislatore, ma avrebbe ammesso il proprio sindacato⁸⁹. La garanzia del coniuge bisognoso è anche al centro della sentenza n. 11467 del 2003⁹⁰, con cui la Cassazione ha sottolineato che il principio di parità tra gli sposi, e la tutela di quello economicamente più debole, impedisce che a seguito del riconoscimento della sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale la comunione legale dei coniugi debba considerarsi venuta meno *ex tunc*, insieme all'atto, lasciando spazio al regime più sfavorevole previsto per la comunione ordinaria⁹¹.

n. 329 del 2001 sulle conseguenze della dichiarazione di nullità del matrimonio).

⁸⁸ Giurisprudenza e dottrina maggioritarie (sul punto rinvio a GILDA FERRANDO, *L'invalidità del matrimonio*, in *Trattato*, cit., in particolare 623 ss.) considerano imprescrittibili le azioni di nullità del matrimonio per cause di bigamia, parentela non dispensabile o delitto (previste dagli artt. 86, 87, 88 c.c.), che possono portare dunque alla pronuncia di invalidità del vincolo anche trascorso molto tempo dalla celebrazione.

⁸⁹ In questo senso le osservazioni di CARMELA SALAZAR, *Limiti e rischi del ricorso alla via (traversa) delle «additive di principio»*, in SARA DOMIANELLO, *Gli effetti*, cit., in particolare 66 ss.

⁹⁰ Cass. civ., sez. I, sent. 24 luglio 2003 n. 11467, in *Foro it.*, 2003, I, 2966 ss.; a commento si veda ALBERTO FIGONE, *Nullità del matrimonio e scioglimento della comunione legale*, in *Fam. dir.*, 2004, I, 14 ss.

⁹¹ Le ragioni di unità e solidarietà familiare che ispirano l'istituto della comunione legale sono alla base del divieto per ciascun coniuge di essere ammesso a provare l'eventuale maggior apporto fornito nell'acquisto di beni confluiti nell'asse condiviso per ottenere, allo scioglimento della comunione, una divisione in parti diseguali, come invece accade nel caso di scioglimento della comunione ordinaria.

Laddove dunque si presenti il caso del riconoscimento di una sentenza ecclesiastica che disponga la nullità del matrimonio in presenza di una effettiva comunione di vita si pone il problema di garantire il coniuge debole⁹², e il limite dell'ordine pubblico può assicurare una soluzione adeguata impedendo la dichiarazione di efficacia civile del provvedimento e la conseguente applicazione delle condizioni economiche previste per il matrimonio putativo. La questione non sorge però in ogni caso, poiché c'è la possibilità che l'assetto patrimoniale della coppia sia già stato disciplinato, nei termini indicati dalla legge, da un giudicato di divorzio. In presenza di simile regolamentazione, che presuppone lo scioglimento del rapporto matrimoniale e la garanzia delle esigenze economiche della parte bisognosa, non vi è motivo infatti per negare l'efficacia civile dei provvedimenti confessionali⁹³.

8. *Brevi considerazioni finali*

In dottrina si è evidenziato che i principi, laddove sono creati *ex novo* dal giudice, «servono a legittimare il diritto giurisprudenziale» e che al fine di «mascherare l'arbitrarietà della decisione, il giudice provvederà a introdurre schemi legittimanti, quali appunto i principi invocati»⁹⁴. Bisogna allora chiedersi se l'artificiosa via percorsa nel 1982 dalla Cassazione, frutto di ingegno nomopoietico più che di rigore interpretativo, abbia ancora efficacia legittimante della scelta di esporre il sistema giuridico interno a una

⁹² L'art. 797, n. 7, c.p.c. (come abbiamo visto sopra, ritenuto ancora applicabile dalla giurisprudenza maggioritaria) dispone che ai fini del riconoscimento civile la sentenza ecclesiastica non debba contenere «disposizioni contrarie all'ordine pubblico italiano» (mentre l'art. 64, lettera g, l. n. 218 del 1995 parla di disposizioni che non producano «effetti» contrari all'ordine pubblico), ricorrendo questa circostanza allorché la nullità venga dichiarata «in presenza di una situazione» (in questi termini la più volte richiamata sentenza n. 5026 del 1982 delle Sezioni unite della Cassazione) che l'ordinamento statale considera «protetta» da principi di ordine pubblico.

⁹³ Certo, un intervento del legislatore che estendesse il regime patrimoniale del divorzio alle ipotesi di nullità risolverebbe molte questioni, eliminando alla radice ogni obiezione di ordine pubblico e fugando i rischi connessi ad eventuali oscillazioni giurisprudenziali sul rapporto tra nullità e divorzio. Ma soprattutto, libererebbe le domande di riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche dal sospetto di voler aggirare la disciplina economica applicabile ai casi di cessazione degli effetti civili del matrimonio, con l'effetto di riportare la rilevanza delle pronunce canoniche ad essere espressione della libertà religiosa del cittadino fedele in campo matrimoniale. In tema, con una prospettiva più ampia, SARA DOMIANELLO, *Incertezze e ritardi sulla via (trascurata) delle due «riforme mancate» del diritto ecclesiastico italiano: legge matrimoniale e legge sulla libertà religiosa*, in SARA DOMIANELLO (a cura di), *Gli effetti*, cit., in particolare 111 ss.

⁹⁴ GUIDO ALPA, *Principi generali*, in GIOVANNI IUDICA – PAOLO ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1993, 175.

*La «maggiore disponibilità» nei confronti del diritto canonico matrimoniale: una formula «ellittica»
al vaglio dell'evoluzione dell'ordine pubblico*

«maggiore disponibilità» nei confronti del diritto canonico. Credo che la continua e costante evoluzione dei principi di struttura⁹⁵ di un ordinamento laico, pluralista e teso all'eliminazione delle disuguaglianze, anche in materia matrimoniale, esprima un ordine pubblico ormai contrario alla decisione di addossare il costo di una simile «apertura», nella prassi pressoché incondizionata, al soggetto debole della coppia.

⁹⁵ Come sottolinea GIUSEPPE CASUSCELLI, *Dal pluralismo confessionale alla multireligiosità: il diritto ecclesiastico e le sue fonti nel guado del post-confessionismo*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), aprile 2007, 14, il «filo di Arianna» dell'interprete che «ricerca il senso di un variegato complesso normativo» non è altro che la ricerca e l'affinamento costante dei principi [...], della loro portata e della loro evoluzione, nell'incessante adeguamento ai cambiamenti ed ai bisogni».

Francesco Scaduto candidato al Parlamento Un episodio inedito nella sua biografia*

MARIA D'ARIENZO

1. Francesco Scaduto candidato al Parlamento e gli studenti dell'Università di Napoli

Nel 1907 Francesco Scaduto si presentava come candidato al Parlamento per le elezioni suppletive del Collegio di Girgenti. Nonostante gli studi dedicati gli siano numerosi,¹ non si rinviene in essi alcun riferimento a tale

* Il presente scritto è destinato agli *Studi in onore di Generoso Melillo*.

¹ PIETRO AGOSTINO D'AVACK, «Francesco Scaduto», in *Archivio di diritto ecclesiastico*, IV, 1942, pp. 296-310; ARTURO CARLO JEMOLO, «Francesco Scaduto», in *Rivista di diritto pubblico*, I, 1943, pp. 16-26; ID., *Introduzione alla riedizione di FRANCESCO SCADUTO, Stato e Chiesa nelle due Sicilie* (1887), vol. I, s.l., Ed. della Regione siciliana, Palermo, s. d., (ma 1969), pp. 9-21; CESARE MAGNI, *Il contributo italiano agli studi di diritto canonico ed ecclesiastico negli ultimi cento anni*, nel vol. *Un secolo di progresso scientifico*, Società italiana per il progresso delle Scienze, Roma, 1939, vol. VI, p. 357-385; AMEDEO GIANNINI, *Il diritto ecclesiastico in Italia (1860/1944)*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1944-1946, Parte prima, p. 142 ss.; GAETANO CATALANO, *La problematica del diritto ecclesiastico ai tempi di Francesco Scaduto e ai giorni nostri*, in *Il diritto ecclesiastico*, I, 1965, pp. 20-57; ID., *Il contributo di Francesco Scaduto alla nascita ed allo sviluppo del diritto ecclesiastico italiano*, in *Il diritto ecclesiastico*, 1, 1995, pp. 845-862; RODOLFO DE MATTEI, *Fondamentali apporti siciliani di pensiero giuridico, politico, sociale*, nel vol. *La presenza della Sicilia nella cultura degli ultimi cento anni*, I, Palermo, 1977, p. 1019-1031; ALBERTO DE LA HERA, *La ciencia del derecho eclesiástico en Italia*, nel vol. *Studi in onore di P. A. d'Avack*, I, Giuffrè, Milano, 1976, p. 973-1005; MARIO CONDORELLI, *Diritto ecclesiastico e storia giuridica nell'esperienza italiana*, nel vol. *Storia e dogmatica nella scienza del diritto ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 1982, pp. 121-146; LUIGI DE LUCA, *Diritto ecclesiastico ed esperienza giuridica. Premessa al Corso di Diritto Ecclesiastico (Anno Accademico 1968-1969)*, Giuffrè, Milano, 1969, pp. 89-94; RENATO BACCARI, *Priorità e continuità dell'insegnamento del diritto ecclesiastico nella Facoltà giuridica di Napoli*, nel vol. *Studi in memoria di Mario Petroncelli*, Jovene, Napoli, 1989, pp. 3-12, ma specialmente pp. 4-6; MARIA SALA, *La figura e l'opera di Francesco Scaduto attraverso le conferenze di Margiotta, Giarrizzo e Speciale*, in *Annali del Liceo Francesco Scaduto di Bagheria* (1989/90), Palermo, 1991, pp. 43-48; ANTONIO GUARINO, *Lo Scaduto dimenticato!*, nel vol. *Quaderni della scuola di Specializzazione in diritto ecclesiastico e canonico*, 7, Jovene, Napoli, 2002, pp. 131-177; SALVATORE BORDONALI, *Francesco Scaduto: il fondatore del nuovo diritto ecclesiastico*, in *Francesco Castronovo Sacerdote ed Educatore. La figura e l'opera nel I° centenario della morte*, Lions

vicenda. È pur vero che Scaduto non fu eletto, per cui è probabile supporre che la sconfitta sia stata considerata un incidente di percorso non abbastanza rilevante ai fini di una ricostruzione biografica, anche perché l'attenzione si è incentrata giustamente sull'impegno scientifico più che su quello politico del noto studioso. Tuttavia, tale spaccato biografico consente di tratteggiare il rapporto intenso tra l'attività accademica e la politica attiva che connota l'impegno sociale di Francesco Scaduto, al pari di molti altri professori universitari dell'epoca. Era tipico di quella classe di giuristi ritenere l'impegno politico un dovere, data l'alta dignità che si attribuiva alle cariche politiche che senz'altro coronavano una carriera brillante, anche a dimostrazione del ceto sociale di appartenenza.

Non è probabilmente un caso che la sua candidatura venga presentata in una forma che oggi appare alquanto singolare: la pubblicazione – promossa da un comitato di studenti dell'Università di Napoli, allievi di Scaduto – di un numero unico. Costituito da 6 fogli, ossia 12 facciate, si intitola: *Per il prof. Francesco Scaduto in occasione della sua candidatura politica nel collegio di Girgenti (9 giugno 1907) ad iniziativa del Comitato degli studenti universitari napoletani*. Contiene, oltre a lettere di personaggi illustri della scienza e della politica attestanti le virtù civili, pubbliche e private di Francesco Scaduto, anche alcune recensioni a sue monografie, nonché, in calce, l'elenco delle opere fino ad allora pubblicate dallo stesso Scaduto e una nota biografica con il suo ritratto nella prima pagina.

Pertanto, il documento acquista particolare interesse non soltanto per il suo significato strettamente politico. Rappresenta, da un lato, una prima bibliografia delle opere dello Scaduto,² ma soprattutto consente di ricostrui-

Club Bagheria, Palermo, s.d., pp. 81-87; CARLO FANTAPPIÈ, *Sulla genesi del diritto ecclesiastico italiano. Il giovane Scaduto tra Firenze e Lipsia*, in *Studi Senesi*, CXV, 2003, pp. 71-132; ID., *Francesco Scaduto e il Concordato Lateranense. Dalla polemica di «Ignotus» sul monopolio nella formazione dei giovani alle lezioni universitarie inedite del 1930-1931*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1, 1995, pp. 307-341; IVÁN C. IBÁN, *En los orígenes del Derecho Eclesiástico. La proliación panormitana de Francesco Scaduto*, Boletín Oficial del Estado. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004; Mario Tedeschi, *Il contributo della scienza giuridica italiana nell'ambito del diritto canonico ed ecclesiastico*, nel vol. *La tradizione dottrinale del diritto ecclesiastico*, Pellegrini Editore, Cosenza, 2007, pp. 99 ss. *Il contributo di Francesco Scaduto alla Scienza giuridica*. Raccolta di studi a cura di Salvatore Bordonali (edizione provvisoria, Giuffrè, Milano, 2005).

² La bibliografia redatta nel numero unico – pubblicato qui in appendice – elenca 93 titoli. Quella riprodotta in GIOACCHINO GUTTUSO, *Guida illustrata di Bagheria*, Bagheria, 1910, ne enumera 104 (v. *ivi*, pp. 105-115). PIETRO AGOSTINO D'AVACK, in appendice al *Necrologio*, cit., redigerà un elenco delle pubblicazioni di Francesco Scaduto comprendente 182 titoli, l'ultimo dei quali è del 1941 (v. *ivi*, pp. 306-310).

Si segnala che è in fase di ultimazione, su iniziativa del Professore GAETANO CATALANO, la bibliografia completa delle opere di Scaduto.

re le profonde implicazioni tra il mondo intellettuale e l'impegno sociale e politico attivo tipico del periodo liberale di cui la fase giurisdizionalista del pensiero di Scaduto è espressione.³ Successivamente, difatti, Francesco Scaduto, nominato senatore del regno nel 1923, voterà a favore della ratifica dei Patti lateranensi, nel 1929.⁴

Siamo, nel 1907, in pieno periodo liberale, in cui vige il sistema elettorale a suffragio ristretto e a collegio uninominale,⁵ per cui era naturale che il siciliano Scaduto, con interessi e legami nella zona dell'agrigentino⁶ potesse essere considerato un candidato autorevole. D'altro canto, Francesco Scaduto, nato a Bagheria, in provincia di Palermo,⁷ insegnava già dal 1886 all'Università di Napoli che aveva bandito la prima cattedra di diritto ecclesiastico.⁸

³ È da rilevare che, in relazione al rapporto tra la produzione scientifica e l'impegno politico-ideologico di Scaduto, ARTURO CARLO JEMOLO osservava: «Scaduto non fu lo studioso murato nei suoi libri e nelle sue formule e che non sentisse i problemi politici, se pure non può dirsi che partecipasse con particolare attività alle lotte del suo tempo» *Introduzione*, cit., p. 13. La candidatura e l'intera vicenda elettorale del Collegio di Girgenti vede, viceversa, Francesco Scaduto vivacemente impegnato nell'agone politico.

⁴ Cfr. FRANCESCO SCADUTO, *La conciliazione dello Stato italiano con la S. Sede*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1929, pp. 69-79. Quanto mai opportuni appaiono i richiami di Gaetano Catalano ad un maggiore approfondimento degli studi pubblicati da Scaduto dopo la conclusione dei Patti lateranensi, attinenti alle problematiche di diritto ecclesiastico scaturenti dalle nuove norme, v. GAETANO CATALANO, *Il contributo di Francesco Scaduto alla nascita ed allo sviluppo del diritto ecclesiastico italiano*, cit., p. 860-861. Sulle posizioni di Scaduto dopo la "svolta" concordataria, cfr. CARLO FANTAPPIÉ, *Francesco Scaduto e il Concordato lateranense*, cit., pp. 328 e ss.

⁵ Le elezioni generali del 1904, nonché le suppletive del 1907, furono fatte a *scrutinio uninominale* e secondo le circoscrizioni elettorali stabilite nella tabella annessa al *Testo unico della legge elettorale politica* approvato con R. D. 28 marzo 1895, n. 83, modificato con le leggi 5 dicembre 1897, n. 493, e 7 aprile 1898, n. 117. In conformità alle disposizioni del testo unico il collegio di Girgenti era diviso nelle 9 sezioni di: 1 a 3. Girgenti – 4 e 5. Favara – 6. Lampedusa e Linosa – 7. Porto Empedocle – 8. Realmonte – 9. Siculiana.

⁶ Il 29 luglio 1893 Francesco Scaduto, figlio di Gioacchino e di Francesca Rotolo, aveva sposato Angela Mendola, figlia del cav. Gaetano e di Maria Teresa Giudice, da cui avrà quattro figli: Gioacchino, Francesco, Gaetano e Antonio. «Con atto dotale dell'8 luglio 1893 rogato in notar Angelo Castronovo di Bagheria dai genitori della futura sposa sono stati assegnati Ha. 170 di terre nell'ex feudo di Cimicia, in territorio di Sutera, e con atti del 7 ottobre e 2 novembre 1897 rogati in notar Antonio Giudice, come supplemento di dote, Ha. 32.92.78 di terre nell'ex feudo Aquilia, confinanti con le terre precedentemente assegnate», CARMELO ANTINORO, *La famiglia Mendola. Genealogia, nobiltà, possedimenti, attività, opere dal XVII al XX sec.*, Favara (Ag), 2003, p. 100.

⁷ La nota biografica posta in apertura del numero unico indica, peraltro, quale data di nascita di Francesco Scaduto il 30 luglio 1858, e non il 28 luglio 1858, così come risulta dai Registri dello stato civile del comune di Bagheria. La rettifica della data di nascita, confusa con quella di battesimo – la si ritrova così indicata, tra l'altro, anche in altri cenni biografici di Scaduto – è opportunamente segnalata in CARLO FANTAPPIÉ, *Francesco Scaduto e il Concordato lateranense*, cit., p. 320, nota 38.

⁸ Cfr. RENATO BACCARI, *Priorità e continuità dell'insegnamento del diritto ecclesiastico nella Facoltà giuridica di Napoli*, cit., pp. 3-4: «La facoltà di giurisprudenza di Napoli ha la priorità nell'insegnamento del diritto ecclesiastico, poiché deliberò nel 1883 di ricoprire con un titolare in seguito

Il numero unico promosso dagli studenti universitari napoletani si presenta, pertanto, come un omaggio al Maestro, anche se il documento risulta indubbiamente politico nelle sue finalità. L'idea sottesa al giornale è quella di raccogliere un ceto intellettuale, prima ancora che specificamente politico, partecipe di una medesima cultura liberale, in appoggio e sostegno del professore candidato. Vi sono, infatti, dichiarazioni di stima nei confronti dell'uomo e dello studioso da parte del mondo accademico e intellettuale dell'epoca per i meriti che il professore aveva saputo acquisire nel corso della sua carriera. Una valutazione che verte, prima ancora che su un progetto politico definito e specifico, proprio sulle doti personali di Scaduto quale garanzia di un serio e positivo impegno concreto nell'attuazione del programma liberale. In tal senso, più che un vero manifesto di propaganda politica, appare una presentazione del candidato agli elettori liberali.

All'iniziativa degli studenti napoletani aderiscono anche altre associazioni di studenti liberali di diverse Università italiane, come le Università di Roma, Modena e Palermo, nonché le associazioni *Corda fratres* di Messina e di Camerino⁹.

I nomi presenti nel numero unico sono talmente noti e importanti che ogni commento sarebbe superfluo. In maggioranza sono professori universitari, colleghi ed allievi di Francesco Scaduto,¹⁰ ma non mancano personalità del mondo intellettuale – come Benedetto Croce, Giuseppe Pitrè, Michele

a concorso la cattedra della disciplina [...]. Il voto della facoltà giuridica procurò all'Università di Napoli il vanto di essere la prima in Italia ad avere un insegnamento del diritto ecclesiastico inteso in senso nuovo e ad avviare il processo di rigoglio della disciplina, che avrebbe avuto in tutte le altre Università nel corso di un secolo e nell'Università di Napoli una prestigiosa continuità».

⁹ Cfr., al riguardo, ALDO ALESSANDRO MOLA, *Corda fratres: storia di una associazione internazionale studentesca nell'età dei grandi conflitti: 1898-1948*, Ed. CLUEB, Bologna, 1999.

¹⁰ Domenico Schiappoli, professore di diritto ecclesiastico nell'Università di Pavia, che succederà a Scaduto sulla cattedra dell'Università di Napoli; Francesco Ruffini, allora preside della Facoltà giuridica dell'Università di Torino; Nicola Coviello, dell'Università di Catania; Giovanni Castellari, professore di diritto ecclesiastico nell'Università di Torino; Nino Tamassia, dell'Università di Padova; Carlo Mamenti dell'Università di Siena; Oreste Ranelletti, dell'Università di Pavia; Pasquale Villari, Alberto Del Vecchio, Felice Tocco, Michele Amari, professori all'Istituto di Studi Superiori di Firenze; Ludovico Mortara, Arnaldo Lucci, Stanislaw Cugia, Bassani, Malerba, Michelangelo Schipa, Alfonso Del Re, Francesco de Luca, Domenico Giura, Pasquale Fiore, Igino Petrone, Luigi Ferrara, Michele Barillari, Augusto Graziani, Giuseppe Semola, Mario Oro, Napoleone Colajanni, professori dell'Università di Napoli e Carlo Fadda, rettore della stessa Università; Gaetano Mosca, Troiano dell'Università di Torino; Biagio Brugi, Pasquale Tozzi dell'Università di Padova; Pio Carlo Falletti, dell'Università di Bologna, Icilio Vanni dell'Università di Perugia, Carlo Formichi, Gabriele Napodano, dell'Università di Pisa, Bernardino Alimena dell'Università di Modena; Giacomo Gorrini, Lorenzo Ratto, Maffeo Pantaleoni, dell'Università di Roma; Leonardo Coviello, Giacomo Macri dell'Università di Messina; Salvatore Riccobono, Carlo Alberto Garufi dell'Università di Palermo; Zocco-Rosa, Vadalà Papale, dell'Università di Catania, Federico Ciccaglione, preside della Facoltà giuridica di Catania.

Amari – del mondo forense – come Guglielmo ed Arturo Caselli, direttori della Rivista di diritto ecclesiastico, nonché gli avvocati del foro napoletano – e della politica, come il senatore D'Antona, l'on. Alessandro Guarracino, l'on. Beniamino Spirito, l'on. Badaloni, l'on. Leonardo Bianchi, il senatore Gabba, il senatore Emilio Brusa, l'on. Alberto Marghieri, il ministro della Pubblica Istruzione Luigi Rava, il senatore Enrico d'Ovidio, Rodolfo Benini. Come scrive Francesco Scaduto in una sua lettera del 22 maggio 1907:

«al numero unico, che si pubblicherà entro una decina di giorni, hanno contribuito analogamente personaggi di ogni partito, compresi socialisti e democratici-cristiani. Cioè tutti propugnano la causa in sé o del liberalismo o della sincerità politica, facendo astrazione della mia gradazione liberale».¹¹

Pertanto, appare preliminare individuare il significato politico che la pubblicazione del numero unico in appoggio a Francesco Scaduto riveste in relazione alla specifica vicenda elettorale agrigentina.

2. Il significato politico del numero unico in omaggio a Scaduto

Ai fini di una ricostruzione più circostanziata del clima politico esistente nel Collegio di Girgenti e delle strategie elettorali di Francesco Scaduto, appaiono particolarmente interessanti le notizie e le riflessioni dello zio del professore siciliano, il barone Antonio Mendola di Favara,¹² nonché i riferimenti diretti alla vicenda da parte di Francesco Scaduto stesso presenti nelle lettere da lui inviate in quel periodo.¹³

Un primo dato da evidenziare è che né nel numero unico, né nelle lettere

¹¹ La lettera è rubricata a p. 143 del registro «*Copialettere*» n. 219, comprendente le lettere dal 5 dicembre 2006 al 26 luglio 1908, *Carte Scaduto*, serie VI, dell'archivio Scaduto conservato, insieme alla Biblioteca Scaduto, presso la Biblioteca del Circolo Giuridico della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Siena (da ora BCGUS). Le Carte Scaduto sono state ordinate da Federico Valacchi in 252 unità archivistiche, divise in nove serie: Lezioni ed attività accademica - Studi e pubblicazioni - Pareri legali - Cause - Carteggio - Copialettere - Commissioni e concorsi - Industria dello zolfo - Miscellanea - con un'Appendice di riviste e quotidiani. Per la descrizione analitica dell'archivio, si rinvia a FEDERICO VALACCHI, *Le carte di Francesco Scaduto e Carlo Ciampolini conservate presso la Biblioteca del Circolo Giuridico*, in «*Studi Senesi*», 1989, pp. 312-335.

¹² Le notizie sono tratte dai diari inediti del barone Antonio Mendola messi gentilmente a disposizione dall'arch. Carmelo Antinoro, che ringrazio per la cortesia e disponibilità.

¹³ *Carte Scaduto*, serie VI, registri «*Copialettere*», che integrano il carteggio Scaduto per gli anni 1896-1922.

di Scaduto è fatta menzione dei componenti del comitato degli studenti napoletani promotore dell'iniziativa.¹⁴ Tuttavia, nei diari del barone Mendola è riportato, in data 13 maggio 1907, il telegramma inviato dagli allievi napoletani sia a lui che al sindaco Giglia di Favara, in cui compaiono i nomi di Ambrosini, Guggino, Bonfiglio, Contino, Savatteri¹⁵. Il 14 maggio 1907 il barone Mendola riporta nei suoi diari testualmente:

«[...] ho scritto a Scaduto per dire che il telegramma era lusinghiero e faceva nascere buone speranze; ma che in Girgenti l'ambiente era ancora ostile. Il sindaco Giglia ha approvato confidenzialmente le mie idee di seguire una politica cauta e d'aspettativa. La notte, mentre riposavo a letto, verso le 11, mi hanno consegnato un telegramma di Ambrosini, da Napoli, con scritto: "Agitazione iniziata studenti trovò larga calorosa eco in professori universitari deputati autorevoli, uomini illustri". Questo secondo telegramma di Ambrosini era fulgido splendore di più fulgide illusioni».

Come appare evidente, pertanto, parte attiva nell'iniziativa del numero unico a favore della candidatura Scaduto è proprio Gaspare Ambrosini, allievo diretto, nonché futuro genero del professore siciliano, che «dopo di aver dato eccellenti contributi al diritto ecclesiastico [...] passò ad altri insegnamenti»¹⁶ e successivamente, tra l'altro, divenne presidente della Corte Costituzionale della Repubblica nel 1962.¹⁷

¹⁴ Nell'elenco delle lettere contenute nel *Carteggio* (BCGUS, *Carte Scaduto*, serie V, n. 217), riportato da FEDERICO VALACCHI, *Le carte di Francesco Scaduto*, cit., ne figurano due inviate dagli *Allievi del Corso di diritto ecclesiastico della Facoltà di Giurisprudenza di Napoli*, rispettivamente n. 90 del 31 maggio e n. 91 del 12 giugno 1907. Tuttavia, entrambe contengono soltanto una richiesta di riduzione del programma d'esame, poiché il corso di lezioni non era stato, in quell'anno, completato. Non v'è alcun accenno al numero unico.

¹⁵ Il testo del telegramma è il seguente: «Studenti napoletani propugnano candidatura Scaduto collegio di Girgenti, preparano giornale in collaborazione professori universitari uomini illustri di tutta Italia – adesioni numerose superano aspettative studenti – Lotta agrigentina ha acquistato importanza italiana – Per il comitato: Ambrosini, Guggino, Bonfiglio, Contino, Savatteri».

¹⁶ AMEDEO GIANNINI, *Il diritto ecclesiastico in Italia (1860-1944)*, cit., pp. 146-147.

¹⁷ Interessante è la lettera di condoglianze inviata a Gaspare Ambrosini subito dopo la morte del padre (12-12 1907) da Francesco Scaduto in data 20 dicembre 1907, rubricata a p. 319-320 del «*Copialettere*» n. 219, BCGUS, *Carte Scaduto*, serie VI, in cui il professore gli consiglia di laurearsi presto e successivamente presentarsi al concorso in magistratura, data l'aleatorietà della carriera universitaria, in modo da poter avere una maggiore sicurezza economica e nel contempo continuare a lavorare scientificamente. Gaspare Ambrosini – nato a Favara il 24 ottobre 1886 da Giovanni Battista, maresciallo dei Carabinieri, e da Carmela Lentini – conseguirà la laurea nel 1908. Superato il concorso in Magistratura, vinse a 24 anni il concorso per professore universitario. Iniziò il suo

Le considerazioni del barone Mendola sul clima elettorale nel Collegio di Girgenti trovano un chiaro riscontro nella lettera di Francesco Scaduto del 17 maggio 1907, in risposta allo zio, nella quale il professore gli comunica l'intento di proseguire nella lotta elettorale pur essendo cosciente di tutte le difficoltà di riuscita nelle elezioni, per non incorrere nella taccia di vigliaccheria nel caso di ritiro della candidatura.¹⁸ D'altro canto, già nella lettera del 14 maggio 1907 indirizzata verosimilmente a Gaetano Mosca¹⁹, Francesco Scaduto sottolinea che la calorosa adesione al numero unico da parte di professori insigni, deputati e avvocati dava alla vicenda elettorale di Girgenti una valenza non più locale, ma nazionale.

Difatti ribadisce in più lettere la sua estraneità all'iniziativa degli studenti napoletani – che afferma di apprendere solo al suo ritorno a Napoli dalla Sicilia²⁰ – anche se l'entusiasmo riscontrato nelle sollecite, numerose e incoraggianti adesioni al numero unico da parte di importanti personalità del mondo intellettuale e politico lo inducono a riconsiderare la natura del suo impegno elettorale. Se in un primo tempo, partendo dalla Sicilia, aveva lasciato ai comitati del Collegio la libertà di decidere se sostituirlo o meno qualora ritenessero la vittoria liberale più sicura con un diverso candidato, il sostegno pervenutogli dal ceto intellettuale e politico, nonché dalla stampa, lo induceva, al contrario, a sollecitare la proclamazione a Favara della propria candidatura.²¹

In realtà, la lettura di Scaduto sul possibile mutamento degli schieramenti elettorali in suo favore derivava soprattutto dagli esiti elettorali verificatisi nel collegio di Bergamo, sempre nel 1907, in seguito alle elezioni suppletive. Come infatti scrive al commendatore Giglia, sindaco di Favara e presidente del comitato elettorale, il 22 maggio 1907:

«Il caso di Bergamo è istruttivo. Il Governo, non ostante che avesse già appoggiato il candidato Bonomi, e non ostante che questi avesse ottenuto maggiore numero di voti dell'avversario liberale, non di meno, lo stesso indomani della votazione, ha dovuto, per l'infuriare della stampa, cambiare rotta

insegnamento a Messina, fu trasferito nel 1919 a Palermo e dal 1937 a Roma dove insegnò diritto coloniale e, in seguito, succedette a Vittorio Emanuele Orlando sulla cattedra di diritto costituzionale fino a quando fu eletto nel 1955 giudice costituzionale.

¹⁸ BCGUS, *Carte Scaduto*, serie VI, «Copialettere» n. 219, p. 135.

¹⁹ *Ibidem*, p. 117. La lettera è intestata: *Carissimo Gaetano*. Il contenuto del testo e i ringraziamenti per la sua adesione al numero unico, mi inducono a ritenere che si tratti di Gaetano Mosca.

²⁰ BCGUS, *Carte Scaduto*, serie VI, «Copialettere» n. 219, pp. 125, 131, 132

²¹ *Ibidem*, pp. 117, 118, 135.

ed appoggiare il candidato che sino al giorno innanzi aveva combattuto.

Se i liberali di Girgenti avessero il coraggio di mostrarsi alla luce del sole e di riunirsi, perché non dovrebbe accadere lo stesso a Girgenti? La stampa non è forse unanime nella lotta di Girgenti, anzi ancora più unanime che in quella di Bergamo?»²².

Appare chiaro, pertanto, che il numero unico riveste una duplice funzione nella strategia elettorale: da un lato mira a sollecitare l'attenzione della stampa nazionale sulla vicenda agrigentina; dall'altro è finalizzato ad incoraggiare i liberali di Girgenti a schierarsi apertamente e risolutamente in favore di Francesco Scaduto così da indurre il Governo ad appoggiare la sua elezione²³.

Nondimeno, Francesco Scaduto aveva già cercato anche direttamente di ottenere l'appoggio del Governo. In data 17 maggio 1907, scrive, infatti, al suo amico Vittorio Emanuele Orlando²⁴:

«Alcuni autorevoli liberali di Girgenti [...] si dichiarano pronti a scendere in campo a visiera alzata per me, così specialmente l'avv. Bonfiglio ex sindaco di Girgenti e gli avvocati Pancano e Xerri, ma vorrebbero intendersi col Governo. La preghiera che ti fo non mi sembra indiscreta, cioè che il Ministro dell'Interno li faccia interpellare dal prefetto di Girgenti, come così ne hanno desiderio»²⁵.

Nella stessa lettera chiede oltretutto di procurargli un appuntamento personale con il Ministro dell'Interno. Probabilmente è a seguito di tali contatti che, come dimostrano le lettere dei giorni successivi,²⁶ matura in lui la speranza che la pubblicazione e diffusione del numero unico dia alle elezioni

²² *Ibidem*, p. 147. Osservazioni simili sono contenute anche nelle lettere rubricate a p. 149 e p. 150 dello stesso «*Copialettere*» n. 219. In relazione alle elezioni suppletive del collegio di Bergamo nel 1907 v. nota n. 52

²³ Nella lettera del 22 maggio 1907 indirizzata al commendatore Giglia, a proposito della venuta del Prof. Nitti in appoggio ai liberali di Girgenti, Francesco Scaduto scrive: «Dopo che il governo si fosse già pronunziato a nostro favore, sarebbe sempre utile, ma forse non necessario. Ma la quistione (*sic*) resta sempre quella: che il governo è la zitella contegnosa, la quale deve essere conquistata, e perciò l'iniziativa devono prenderla i personaggi autorevoli e non il governo stesso», BCGUS, *Carte Scaduto*, serie VI, «*Copialettere*» n. 219, pp. 147 e 148.

²⁴ *Ibidem*, p. 136. La lettera è intestata: *Carissimo Emanuele*. I riferimenti contenuti nel testo mi inducono a ritenere che si tratti di Vittorio Emanuele Orlando.

²⁵ *Ibidem*, p. 136. Il prefetto di Girgenti è dal marzo 1907 Mario Rebutti, trasferito da Foggia.

²⁶ BCGUS, *Carte Scaduto*, serie VI, «*Copialettere*» n. 219, p. 143, 147, 154.

di Girgenti una risonanza nazionale così da determinare l'appoggio di tutti i liberali del Collegio e la vittoria della sua candidatura.

3. *La vicenda elettorale*

È singolare il fatto che il numero unico venga pubblicato in occasione delle seconde elezioni politiche suppletive del collegio di Girgenti. La particolarità di tale circostanza, tuttavia, appare senz'altro più sfumata se si considera la vicenda elettorale del 1907 nella sua interezza.

Francesco Scaduto si era già presentato alla prima elezione suppletiva indetta in seguito alla morte dell'onorevole Nicolò Gallo²⁷, il 7 aprile 1907. In

²⁷ Avvenuta il 7 marzo 1907. Nicolò Gallo nacque a Girgenti (oggi Agrigento) il 10 agosto 1849. Penalista di fama e letterato, fu libero docente di Estetica all'Università di Roma. In rappresentanza dei collegi di Girgenti II, Bivona e Foligno, fu deputato ininterrottamente dalla XV alla XXII legislatura.

Fedele seguace dello Zanardelli, militò nelle fila della Sinistra storica. Divenne ministro della Pubblica Istruzione nel Gabinetto del marchese di Rudinì dal dicembre 1897 fino alla caduta di quel governo, il 1 giugno 1898, lasciando la presidenza della Giunta delle elezioni che aveva ricoperto alla Camera dei deputati. Il 16 giugno 1900 fu eletto presidente della Camera dei Deputati con 244 voti contro i 214 del candidato dell'opposizione Giuseppe Biancheri, ma fu costretto a lasciare l'incarico poiché il 18 giugno il governo Pelloux si dimise. Venne nominato da Giuseppe Saracco ministro della Pubblica Istruzione nel suo nuovo governo, avendo come sottosegretario Enrico Panzacchi. Alla guida del dicastero, carica che aveva già ricoperto nel IV governo di Rudinì, quando ebbe Massimo Bonari come sottosegretario, riordina il servizio delle Belle Arti, dà un nuovo assetto amministrativo al ministero ed al sistema scolastico, rafforzando il ruolo educativo della scuola elementare e dei suoi insegnanti, nonché degli esami di promozione e licenza degli istituti d'istruzione classica, tecnica e normale. (Sul punto cfr. la *Relazione al re premessa al r.d. 23 agosto 1900, n. 317*, in *Bollettino ufficiale del Ministero della Pubblica Istruzione*, 1900, pp. 1144-1147; CARMELA COVATO, ANNA MARIA SORGE (a cura di), *L'istruzione normale dalla legge Casati all'età giolittiana*, Ministero per i beni culturali e ambientali, Roma, 1994, *ad indices*; ESTER DE FORT, *La scuola elementare dall'Unità alla caduta del fascismo*, Il Mulino, Bologna, 1996, *ad indices*)

Dal maggio 1906 fino al 7 marzo 1907, data della sua improvvisa scomparsa, fu, infine, ministro di Grazia e Giustizia e dei Culti nel Gabinetto Giolitti, avendo come sottosegretario Gaspare Colosimo. La morte non gli consentì di vedere realizzato il suo programma riformatore che aveva già delineato con l'istituzione, nel settembre del 1906, di una commissione per la riforma generale della legislazione di diritto privato.

A Girgenti fu presidente del consiglio provinciale e ricoprì altre cariche amministrative. Pubblicò alcune composizioni poetiche, due tragedie, alcuni studi critici e opere di carattere giuridico.

Cfr. TELESFORO SARTI, *Il parlamento italiano nel cinquantennio dello Statuto. Profili e cenni biografici di tutti i senatori e deputati viventi*, Tipografia Agostiniana, Roma, 1898, *ad vocem*; CIMONE (pseud. di EMILIO DI FAELLI), *Gli Eletti alla Rappresentanza Nazionale per la XXII legislatura*, Stabilimento tipografico U. Salerno & C. Editori, Napoli 1906, *ad vocem*; CAMILLO FINOCCHIARO APRILE, *Commemorazione di Nicolò Gallo pronunziata in Girgenti nel Teatro Regina Margherita addì XVIII marzo MCMVIII*, Premiata stamperia Montes, Girgenti, 1908 (la pubblicazione, con dedica, è presente nella biblioteca di Scaduto); *Dizionario dei Siciliani illustri*, Ciuni, Palermo, 1939, *ad vocem*; ALBERTO MALATESTA, *Ministri, deputati e senatori d'Italia dal 1848 al 1922*, II, Tosi, Roma, 1946, *ad vocem*;

tale elezione, su 3457 iscritti intervennero alla votazione 2680 elettori. Risultò eletto l'avvocato Gregorio Gallo, figlio di Nicolò, con 1743 voti contro i 935 del professore Francesco Scaduto.²⁸ Avverso questo risultato pervennero alla Giunta delle elezioni due proteste ufficiali denunciando violazioni di legge e brogli, ma per tutte preliminarmente venne contestata la mancanza dell'età legale dell'eletto. Difatti Gregorio Gallo, essendo nato il 30 marzo 1878, non aveva ancora compiuto l'età di trent'anni richiesta ai sensi dell'art. 40 dello Statuto Albertino, cui si riferiva l'articolo 81 della legge elettorale politica per la eleggibilità alla Camera dei deputati.²⁹ L'elezione veniva, pertanto, annullata e si procedeva ad una nuova elezione fissata il 9 giugno 1907. Dalla relazione del presidente della Giunta delle elezioni, on. Girardi,³⁰ emergono gravi irregolarità anche nella consegna dei verbali delle elezioni delle diverse sezioni del collegio di Girgenti³¹ all'Assemblea dei presidenti per il compimento delle operazioni elettorali, a norma degli articoli 73 e 74 della legge elettorale politica, così che soltanto il 2 luglio 1907 la Giunta poteva procedere all'accertamento del risultato complessivo del Collegio che vedeva ancora una volta l'avvocato Gregorio Gallo riportare la vittoria al primo scrutinio, avendo raccolto 1642 voti contro i 924 di Francesco Scaduto.³² Tuttavia, anche questa

MARIO MISSORI, *Governi, alte cariche dello Stato e prefetti del regno d'Italia*, Ministero per i Beni e Attività Culturali, Roma, 1973, *ad indicem*; GIUSEPPE SIRICANA, *Dizionario biografico degli italiani*, vol. 51, Istituto dell'Enciclopedia Italiana Treccani, Roma, 1998, *ad vocem*.

²⁸ I voti riportati in ogni sezione del Collegio rispettivamente da Gallo e da Scaduto furono: 1ª sezione di Girgenti 402 e 61; 2ª sezione di Girgenti, 380 e 41; 3ª sezione di Girgenti 345 e 54; 1ª sezione di Favara, 33 e 313; 2ª sezione di Favara 30 e 305; sezione di Lampedusa 67 e 1; sezione di Porto Empedocle 303 e 98; sezione di Realmonte, 33 e 18; sezione di Siciliana, 150 e 45, ARCHIVIO STORICO DELLA CAMERA DEI DEPUTATI, *Archivio elettorale. Elezioni suppletive (1890-1921)*.

Rivolgo un doveroso ringraziamento alla dottoressa Marisa Pasotti, dell'Archivio Storico della Camera dei Deputati, che con la sua gentile assistenza ha semplificato e agevolato la consultazione dei verbali.

²⁹ Cfr. nota n. 5.

³⁰ *Relazione della Giunta delle elezioni*, doc. IV, n. 85, in *Atti parlamentari – Camera dei Deputati*, legisl. XXII, sess. 1904-1907 - *Documenti-disegni di legge e relazioni*.

³¹ Il *Giornale d'Italia*, 2 luglio 1907, pubblica la seguente notizia: «La proposta di deferimento all'autorità giudiziaria dei presidenti del collegio di Girgenti da parte della Giunta delle elezioni e la presentazione alla Camera della protesta contro i brogli della ultima elezione politica, produce in tutto il collegio ottima impressione: giacché ancora si era sotto l'incubo delle violenze e delle sopraffazioni. Si spera che magistrati onesti sappiano e vogliano andare in fondo in sì grave affare, assegnando a ciascuno il peso della propria responsabilità per epurare l'ambiente elettorale e far rinascere il convincimento che non impunemente si viola la legge e non si gode l'impunità, come strombazzano i fautori di Gregorio Gallo, per il semplice fatto che il Governo protegge l'un candidato invece che l'altro».

³² In queste elezioni i voti riportati in ogni sezione del collegio da Gallo e da Scaduto furono rispettivamente: 1ª sezione di Girgenti, 402 e 55; 2ª sezione di Girgenti 390 e 42; 3ª sezione di Girgenti,

volta l'elezione viene annullata per manifesta ineleggibilità dell'eletto dato il mancato raggiungimento dell'età di trent'anni nel giorno dell'elezione.

Vengono indette, pertanto, ben altre tre elezioni, rispettivamente il 4 agosto 1907, in cui Scaduto ottiene solo 881 voti contro i 1626 dell'eletto Gregorio Gallo³³; l'8 marzo 1908, nella quale Francesco Scaduto riporta solo 3 voti contro i 2281 di Gregorio Gallo, risultando il secondo non eletto dopo Nunzio Nasi, che aveva ottenuto 26 voti³⁴. L'ultima elezione suppletiva, indetta per ricoprire il seggio di deputato del Collegio di Girgenti nella XXII legislatura, sarà quella del 26 aprile 1908, nella quale l'avvocato Gregorio Gallo ottiene 2261 voti, mentre Francesco Scaduto 1 solo voto.³⁵ Questa volta la Giunta delle elezioni convalida la proclamazione di Gallo a deputato del collegio di Girgenti per il raggiungimento dell'età di trent'anni richiesto come condizione a norma dell'art. 40 dello Statuto.

4. *Sospensione del non expedit contro Scaduto*

L'intera vicenda dell'elezione politica suppletiva evidenzia uno scontro tutto interno al mondo liberale. Stupisce, infatti, che il professore Scaduto

357 e 55; 1ª sezione di Favara, 15 e 309; 2ª sezione di Favara, 14 e 305; sezione di Porto Empedocle, 253 e 102; sezione di Realmonte, 43 e 0; sezione di Siculiana, 121 e 56; sezione di Lampedusa, Linosa, 47 e 0, ARCHIVIO STORICO DELLA CAMERA DEI DEPUTATI, *Archivio elettorale. Elezioni suppletive (1890-1921)*.

³³ I voti riportati in ciascuna sezione da Gallo e Scaduto furono rispettivamente: 1ª sezione di Girgenti, 398 e 7; 2ª sezione di Girgenti, 371 e 12; 3ª sezione di Girgenti, 340 e 18; 1ª sezione di Favara, 23 e 333; 2ª sezione di Favara, 15 e 331; sezione di Lampedusa, 54 e 1; sezione di Porto Empedocle, 236 e 136; sezione di Realmonte 48 e 0; sezione di Siculiana, 141 e 44, ARCHIVIO STORICO DELLA CAMERA DEI DEPUTATI, *Archivio elettorale. Elezioni suppletive (1890-1921)*.

³⁴ I voti delle singole sezioni del collegio riportati dai candidati Gallo, Nunzio Nasi e Scaduto furono rispettivamente: 1ª sezione di Girgenti, 423, 2, 0; 2ª sezione di Girgenti, 415, 6, 0; 3ª sezione di Girgenti, 330, 1, 1; 1ª sezione di Favara, 279, 9, 1; 2ª sezione di Favara, 319, 5, 1; sezione di Lampedusa, 56, 1, 0; sezione di Porto Empedocle, 277, 0, 0 con 10 schede bianche e 50 schede nulle; sezione di Realmonte, 55, 0, 0; sezione di Siculiana, 183, 3, 0. ARCHIVIO STORICO DELLA CAMERA DEI DEPUTATI, *Archivio elettorale. Elezioni suppletive (1890-1921)*.

³⁵ I voti riportati da ogni sezione del collegio dai candidati Gregorio Gallo, Nunzio Nasi, Salvatore Anastasi, Francesco Sala e Francesco Scaduto furono: 1ª sezione di Girgenti, 334 per Gallo su 334 votanti; 2ª sezione di Girgenti, su 360 votanti, 359 per Gallo, 1 per Nasi; 3ª sezione di Girgenti, 323 voti per Gallo su 323 votanti; 1ª sezione di Favara, 317 per Gallo su 317 votanti; 2ª sezione di Favara, 302 per Gallo su 305 votanti, schede nulle 2; sezione di Lampedusa, 56 su 56 votanti per Gallo; sezione di Porto Empedocle, su 368 votanti: 354 per Gallo, 1 per Nasi, 6 per Anastasi, 1 per Scaduto; sezione di Realmonte, 58 voti per Gallo su 58 votanti; sezione di Siculiana, 157 voti per Gallo su 157 votanti, ARCHIVIO STORICO DELLA CAMERA DEI DEPUTATI, *Archivio elettorale. Elezioni suppletive (1890-1921)*.

si presenti ripetutamente e, dato l'esito, ostinatamente, alle elezioni, pur risultando già dalla prima perdente in modo vistoso rispetto ad un "troppo giovane" candidato. Minore stupore si avverte, tuttavia, se si evidenziano gli schieramenti elettorali di cui le candidature sono espressione.

Gregorio Gallo potrebbe apparire un candidato designato a continuare alla Camera la tradizione liberale del defunto padre. Eppure, malgrado le equivoche smentite,³⁶ la sua elezione viene fortemente appoggiata e sostenuta dai clericali. Anzi, così come riporta *Il Giornale d'Italia* del 18 aprile 1907: «*Il Cittadino*, organo dei clericali di Girgenti, annunciò ufficialmente che il Papa aveva tolto il *non expedit* in favore di Gallo». Numerosi giornali danno oltretutto notizia di una lettera circolare inviata dal sacerdote Michele Sclafani, presidente della Federazione diocesana delle opere economico-sociali,³⁷ ai parroci e alle Casse rurali il cui testo viene pubblicato sul giornale locale "*Il Moscone*" e ripreso da altri.³⁸ In tale lettera circolare il sacerdote

³⁶ Vedi *infra* note n. 54 e 55.

³⁷ Sulla figura di Michele Sclafani cfr. DOMENICO DE GREGORIO, *Don Michele Sclafani*, in MARIO LA LOGGIA (a cura di), *Agrigentini illustri (1890-1940)*, II, Tipografia Arcigraf, Agrigento, 2000, pp. 517-568; ID., *Profili di sacerdoti agrigentini*, De Bono, Firenze, 1962, pp. 11-25; PASQUALE HAMEL, *Don Sclafani e il clerico-fascismo agrigentino*, in *Nuovi Quaderni del Meridione*, 85-86 (1984), pp. 59-70; CATALDO NARO, *ad vocem*, in *Dizionario storico del movimento cattolico in Italia*, III/2, Marietti, Casale Monferrato, 1984, pp. 789-790; ID., *Il Movimento cattolico nell'area agrigentino-nissena (1870-1925)*, Centro studi sulla cooperazione "A. Cammarata", S. Cataldo, 1986; MASSIMO MUGLIA, *Michele Sclafani. Appunti di storia del Movimento Cattolico Agrigentino dalle opere economico-sociali al patto Gentiloni (1896-1913)*, Centro Siciliano Sturzo, Palermo, 1987. Sui rapporti tra Luigi Sturzo e Michele Sclafani, cfr. UMBERTO CHIAROMONTE, *Luigi Sturzo e il governo locale*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2001, pp. 118-136; LUIGI STURZO, *Carteggi siciliani del primo Novecento*, a cura di VITTORIO DE MARCO, Sciascia editore, Caltanissetta-Roma, 2002, pp. 211 e 272; LUIGI STURZO, EMANUELA STURZO, *Carteggio (1891-1948)*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2005, p. 26.

³⁸ *La Tribuna*, 8 aprile 1907, riporta il seguente telegramma ricevuto da Girgenti il 5 aprile:

Tribuna-Roma

«Fervendo lotta collegio politico Girgenti per elezione prossima domenica, sostituzione defunto ministro Gallo fra candidati Scaduto dell'Università di Napoli e avvocato Gregorio Gallo, giornale Moscone pubblica seguente lettera circolare parroci e Casse rurali del sacerdote Sclafani, presidente Federazione diocesana:

«Reverendissimo signore,

sono incaricato dal vescovo comunicarle ufficialmente che la Santa Sede ha tolto il "non expedit" per la prossima elezione politica unicamente in favore dell'avvocato Gregorio Gallo: quindi Vossignoria voglia influire su parenti e amici, trattandosi di grave impegno. Gallo è di idee nostre. Scaduto anticlericale e divorzista.

M. Michele Sclafani».

«Pubblicazione desta enorme impressione, tanto più che stesso candidato con telegramma, e sindaco di Girgenti ingegnere Mendolio con discorso letto, avevano negato carattere clericale, affermandone carattere liberale seguendo orme defunto ministro. Commentasi vivamente che candidatura Gregorio Gallo sia sostenuta contemporaneamente non ostante inelleggibilità, per difetto di età, 29 anni.

Avv. Guarino Amella, dirett. *Moscone*».

Sclafani comunica ufficialmente, su incarico del vescovo, che la Santa Sede ha tolto il *non expedit* unicamente in favore dell'avvocato Gregorio Gallo ed invita ad appoggiare la sua candidatura contro Francesco Scaduto definito: «anticlericale e divorzista».³⁹

In realtà, il ruolo di Sclafani nella contesa elettorale appare ancora più attivo se si leggono le notizie riportate da *Il Giornale d'Italia* dove si afferma che fu proprio il sacerdote, nonché assessore comunale di Girgenti, che offrì a Gallo la candidatura a Roma «e lo persuase ad accettare, garantendogli l'appoggio incondizionato del Vaticano e dell'amministrazione municipale di Girgenti, la cui maggioranza è clericale».⁴⁰

Sembrirebbe, dunque, che il giovanissimo Gregorio Gallo venisse designato dal mondo politico agrigentino quale espressione dell'ambiente clericale-moderato contro il professore Scaduto, considerato senza dubbio anticlericale e certamente meno duttile. Tuttavia, risulta di particolare interesse una lettera di risposta a Scaduto scritta proprio da Michele Sclafani il 18 marzo 1907, dalla quale si evince chiaramente che il professore candidato aveva cercato, al contrario, addirittura l'appoggio dei clericali di Girgenti.⁴¹

A giustificazione del ritardo della pubblicazione del telegramma, il trafiletto prosegue: «Alla autenticità di questo telegramma noi non abbiamo prestato fede, e non l'abbiamo riprodotto. Ma poiché vediamo che la stessa notizia è riprodotta in altri giornali noi pubblicandolo anche tardi torniamo ad esprimere tutto il nostro scetticismo sulla autenticità di esso, e speriamo che avvenga una pronta smentita autorevole. Il figlio del compianto Nicolò Gallo non può mendicare né accettare i voti di monsignor Sclafani e dei clericali di Girgenti». Il disappunto sull'appoggio dei clericali alla candidatura di Gregorio Gallo può leggersi anche su *Il Pungolo*, 10 aprile 1907. Nella rubrica «*Ciò che scrivono gli altri*» il giornale riporta l'articolo del *Messaggero* a commento dell'elezione di Girgenti che chiude: «Deve proprio il figlio dell'ex ministro Gallo venire alla Camera ed aumentare il gruppo clericale dei Cornaggia e dei Cameroni?».

³⁹ Dal 1867 al 1881 erano stati presentati diversi progetti di legge relativi all'introduzione dell'istituto del divorzio in Italia. Cfr. ARTURO CARLO JEMOLO, *Chiesa e Stato negli ultimi cento anni*, Einaudi, Torino, 1990³, p. 336-339. Nel 1882 Francesco Scaduto pubblica un volume di carattere storico sull'istituto del divorzio in Occidente (FRANCESCO SCADUTO, *Il divorzio e il cristianesimo in Occidente. Studio storico*, Pellas, Firenze, 1882), nella cui parte conclusiva sostiene: «L'abolizione adunque del divorzio nelle leggi non è dovuta tanto a ragioni etiche, quanto a circostanze storiche speciali ed a ragioni teologiche [...]», pp. 169-170. In relazione al volume, cfr. CARLO FANTAPPIÉ, *Sulla genesi del diritto ecclesiastico italiano*, cit., p. 95: «È un'operetta militante, che intende fornire, almeno indirettamente, un supporto storico alle iniziative parlamentari della Sinistra per l'introduzione del divorzio in Italia».

⁴⁰ L'articolo prosegue: «Il sacerdote Sclafani capitanò, con fervore, circondato da molti preti, le diverse dimostrazioni nelle quali insieme al grido di *Viva Gallo*, risuonava l'altro di *Viva il clericalismo agrigentino*, motto che fu anche dipinto sul lastricato delle vie. Il sacerdote Sclafani parlò per Gallo ed offerse i balconi della sua casa agli altri oratori. Il sacerdote Sclafani, per mezzo della ormai famosa circolare e di telegrammi, incitò tutti i preti e tutti i cattolici a votare il nome di Gallo, proclamato dai circoli cattolici», *Il Giornale d'Italia*, 18 aprile 1907.

⁴¹ BCGUS, *Carte Scaduto*, serie V, *Carteggio*, n. 217.88. Il testo è il seguente:

Tale importante e decisivo episodio è descritto più articolatamente nei diari del barone Mendola, zio di Scaduto:

«[...] Bisogna avere con noi la parte clericale divenuta potente. Ho parlato col nostro caro arciprete amicissimo del sac. Sclafani che stava alla testa del partito clericale. Mi ha confidato che, secondo le istruzioni, ha dovuto scrivere alla Santa Sede per ricevere istruzioni e si aspettava il responso.

Il responso è stato che Scaduto era ripudiato in Vaticano per le sue massime contrarie al fondamento del diritto ecclesiastico. Egli nella sua prima prolusione, quando fu nominato professore di diritto ecclesiastico nell'Università di Palermo, sostenne la dottrina che la Chiesa era negli Stati, non gli Stati nella Chiesa. Poi ha assunto la presidenza del Congresso Internazionale del *Liberò pensiero*, tenuto in Napoli (*sic*), che significava rinnegazione dell'indole dogmatica del diritto ecclesiastico [...]. Poi, mentre si dibatteva nella Camera e in Italia la legge sul divorzio, Scaduto si pose alla testa di un comizio pro divorzio.

Tutte queste macchie nere il Vaticano le notava nel suo libro nero in Roma, accanto ai nomi delle persone distinte per sapienza politica. Per queste notizie bigie il Vaticano ha escluso assolutamente Scaduto».⁴²

Come appare evidente, l'opposizione a Francesco Scaduto nasce proprio in relazione ai concetti liberali e giurisdizionalisti che il professore aveva posto a fondamento dell'insegnamento universitario del diritto ecclesiastico moderno.⁴³

«Egregio Professore,

In riscontro alla pregiata Sua lettera, sono in dovere dichiarare alla S.V. con lealtà che in questa vi sono candidati due miei amici, ed ancorché estraneo a qualunque partito, è mio dovere appoggiare uno dei due, con la speranza che l'altro si ritirasse.

Nel caso però non vi fosse candidato Girgentino, potrò dare il voto alla S.V.

Con osservanza mi dico

Dev.mo

P. Sclafani Fanara».

⁴² Diari del barone Antonio Mendola, 13 marzo 1907.

Sebbene i riferimenti risultino imprecisi e generici, comunque non confermati da documentazione specifica, interessante appare l'allusione alla partecipazione di Scaduto al Congresso del Libero pensiero che sembrerebbe avvalorare la tesi prospettata da CARLO FANTAPPIÉ, *Francesco Scaduto e il Concordato lateranense*, cit., circa l'identità dell'autore dell'opuscolo pubblicato a Roma nel 1929, sotto lo pseudonimo *Ignotus*, dal titolo: *Stato fascista Chiesa e Scuola*.

Sulla Federazione internazionale del Libero pensiero, cfr. PEDRO ALVAREZ LÁZARO, *Libero pensiero e massoneria*. Prefazione di ALDO ALESSANDRO MOLA, Gangemi, Roma, 1990.

⁴³ Riguardo alle accuse di anticlericalismo nei confronti di Scaduto, PIETRO AGOSTINO D'AVACK,

La notizia dell'attiva propaganda da parte dello Sclafani a favore della candidatura Gallo desta stupore e viene deplorata da più giornali che ne sottolineano l'incoerenza con le aspettative di continuità politica rispetto all'illustre e compianto padre.⁴⁴

D'altro canto, come riporta *La Tribuna*, a detta dello stesso Moscone la circolare clericale dello Sclafani andava ben al di là delle istruzioni e delle disposizioni del vescovo, perché questo intendeva «autorizzare puramente e semplicemente i cattolici ad andare alle urne, ma non autorizzava alcuno a turbare le coscienze imponendo il nome di Gallo».⁴⁵ In tal senso, la circolare di Sclafani risultava *ultra petita* rispetto alla facoltà di deroga al *non expedit* prevista dalla Santa Sede.

Le notizie dell'appoggio dei clericali nelle elezioni politiche di Girgenti a favore di Gregorio Gallo⁴⁶, fecero affermare addirittura ad alcuni giornali che il *non expedit* fosse stato abolito. Ciò provocò una vivace nota dell'*Osservatore Romano* in cui si specificava che il veto rimaneva fermo e che soltanto “in questo o quel caso, volta per volta,” i cattolici potevano esserne dispensati da chi ne aveva l'autorità competente e legittima.⁴⁷

scrive in *Necrologio*, cit.: «Francesco Scaduto [...] non fu un politico e uno statista, ma semplicemente un giurista [...]. Il principio fondamentale *Libera Chiesa in Stato sovrano*, perno del giurisdizionalismo separatista agnostico, che informò e dominò l'azione dei nostri Governi in quell'epoca e che effettivamente ispirò quasi tutta la legislazione italiana in materia, [...] fu da lui assunto a basilare presupposto giuridico di tutto il nostro sistema di diritto ecclesiastico e portato con logica inflessibile alle sue ultime conseguenze [...] e ciò appunto gli valse in ultima analisi quella qualifica di anticlericale e di settario che, se si vogliono usare tali termini, furono caratteristici piuttosto dell'azione e della legislazione dei nostri Governi dell'epoca, che non del suo pensiero e della sua opera, limitati in realtà alla rigida interpretazione e sistemazione scientifica del diritto positivo, secondo quelli che erano il loro spirito e il loro contenuto», pp. 13-15.

⁴⁴ «Nicolò Gallo [...] propugnò, nel 1901, la ricostituzione della Sinistra liberale come “partito liberale-progressista” sulla base del liberalismo politico e di un interventismo riformatore in materia economica e sociale, contrapposto ad un “partito conservatore-liberale”, sostenitore di un liberalismo ortodosso», HARTMUT ULLRICH, *La nuova stagione del liberalismo italiano*, vol. 7, 1902-1908 «L'età di Giolitti». *Il Parlamento italiano. Storia parlamentare e politica dell'Italia (1861-1988)*, Nuova CEI, Milano, 1990, p. 35.

⁴⁵ *La Tribuna*, 14 aprile 1907.

⁴⁶ Così come l'intervento dei cattolici a favore dell'avvocato Farina nelle elezioni III collegio di Firenze che si sarebbero svolte da lì a poco.

⁴⁷ *Osservatore Romano*, 8 aprile 1907: «L'affermazione che il *non expedit* è stato abolito è una falsità di quelle che fanno parte di un sistema di ipocrisie diretto a tentare tutte le vie per confondere le menti dei cattolici e per suggestionarli a considerare il temperamento legittimo casuale, non come una forma soltanto concessibile casualmente, ma come contenente in massima l'abolizione del veto». Prosegue ancora affermando che: «anche in Italia domina un blocco il quale si turba, ed esce volta a volta in qualche insolenza, contro coloro che ritornano sui principî e ribadiscono teorie che sanno d'ostico ai liberisti i quali amerebbero che fossero dimenticate o diluite nella coscienza pubblica, sino a non essere più che un ricordo languidissimo, e di nessuna importanza. Ora, contro questo

Con l'enciclica «*Il Fermo Proposito*» dell'11 giugno 1905, diretta a tutti i Vescovi d'Italia, difatti, papa Pio X autorizzava i fedeli a recarsi alle urne in casi determinati, su preventiva richiesta dei Vescovi.⁴⁸ Tale attenuazione del *non expedit* confermava ufficialmente l'indirizzo politico che già si era profilato alle elezioni generali del 1904 con la formazione di schieramenti clericomoderati, spianando la strada a quella "conciliazione silenziosa" di Giolitti⁴⁹ che prelude al patto Gentiloni del 1913. In effetti, si ammetteva il ricorso alle urne dei cattolici in talune "gravi circostanze" valutate dalle autorità diocesane, previa autorizzazione della Santa Sede⁵⁰, consentendo in tal modo l'elezione di "cattolici deputati" anche se non di "deputati cattolici".

Tale nuova formula, che sostituiva quella di "né eletti né elettori", consentiva l'inserzione "caso per caso" dei cattolici nella vita pubblica; nel contempo, tuttavia, evitava una massiccia partecipazione dei cattolici alle elezioni,

blocco, nel quale si danno la mano e si stringono ad amiche e forti alleanze i neo-cattolici liberali e i più avveduti fra i feticisti della formula ultra-moderata del Papa, che preghi e benedica, e dello Stato, arbitro eziandio, quando gli interessi della politica lo richiedessero, della persona di lui, o almeno delle norme moderatrici delle sue relazioni col mondo cattolico, e con gli stessi capi di Governo e di Stato, contro questo blocco noi non ci dobbiamo stancare di tener testa, non punto pensosi delle critiche che ce ne verranno e del dispetto che la nostra tattica si procaccia presso i bloccardi». Il giornale prosegue notando che: «i cattolici modernisti, e certa stampa che li segue più da vicino, non possono soffrire che vi siano anche dei giornali che tengono desto il fuoco sacro della legittimità di diritti inalienabili nella sostanza della Santa Sede, e si mostrano verso essa e i loro campioni, o acri o compassionevoli, o sfuggono di parlarne, o per riguardo verso ibridi connubi vagheggiati danno di spalla a quanti dei loro amici falsano o sopprimono la storia, quando la storia mette in vista le male arti dei nemici della libertà e l'indipendenza della Chiesa. Contro gli attacchi di questi cattolici modernisti bisogna mettere in guardia i cattolici che sono realmente ossequenti al Papa».

⁴⁸ Il testo dell'enciclica, nella parte concernente il punto in questione, è il seguente: «[...] Ragioni gravissime Ci dissuadono, Venerabili Fratelli, dallo scostarci da quella norma già decretata dal Nostro Antecessore di s. m. Pio IX e seguita poi dall'altro Nostro Antecessore di s. m. Leone XIII durante il diuturno Suo pontificato, secondo la quale rimane in genere vietata in Italia la partecipazione dei cattolici al potere legislativo. Senonché, altre ragioni parimenti gravissime, tratte dal supremo bene della società, che ad ogni costo deve salvarsi, possono richiedere che nei (casi) particolari si dispensi dalla legge, specialmente quando Voi, Venerabili Fratelli, ne riconosciate la stretta necessità per il bene delle anime e dei supremi interessi della vostra Chiesa, e ne facciate domanda. Ora, la possibilità di questa benigna concessione Nostra induce il dovere dei cattolici tutti, di prepararsi prudentemente e seriamente alla vita politica, quando vi fossero chiamati», *Acta Sanctae Sedis*, vol. XXXVII, 1904-1905, pp. 757-758.

⁴⁹ Sulla politica giolittiana verso la Chiesa e i cattolici, nonché sul diverso atteggiamento politico del mondo cattolico italiano in questi anni, è fondamentale l'opera di GIOVANNI SPADOLINI, *Giolitti e i cattolici (1901-1914). La conciliazione silenziosa*, Le Monnier, Firenze, 1991; ID., *Il mondo di Giolitti*, Le Monnier, Firenze, 1970², pp. 148-169. Sull'argomento si veda anche MARIO VINCIGUERRA, *Il trasformismo clericale sotto Giovanni Giolitti*, in *Studi politici*, 1969, pp. 139-178; CESARE MAGNI, *Congetture sui precedenti della metafora giolittiana delle «parallele»*, in *Il Risorgimento*, 1963, 3, pp. 137-168.

⁵⁰ Sul *non expedit*, cfr. CESARE MARONGIU BUONAIUTI, *Non expedit. Storia di una politica (1866-1919)*, Giuffré, Milano, 1971.

o meglio, la formazione di un gruppo cattolico omogeneo in Parlamento, in quanto la presenza di un partito clericale avrebbe finito per nuocere piuttosto che giovare ai cattolici alimentando le reazioni anticlericali.⁵¹

D'altro canto, appare evidente che la facoltà di deroga al *non expedit* si concretizzasse non in un mero e generico permesso ai cattolici di recarsi alle urne, ma venisse concessa al fine precipuo di appoggiare candidature che nella situazione specifica locale potessero opporsi ad altre considerate ostili ai postulati religiosi e agli interessi della Chiesa.⁵²

L'accusa del direttore de *Il Moscone* nei confronti della circolare di Sclafani appare, pertanto, fondata su un'interpretazione troppo letterale che evidenzia una sua presa di posizione rispetto alla contesa elettorale girgentina certamente non neutrale: anche se non di chiaro sostegno a Scaduto, quantomeno contrastante con gli schieramenti elettorali che la candidatura Gallo rappresentava.⁵³

⁵¹ «[...] quella che nei nostri governi fu sinora considerata come abilità politica e buon senso italiano rischierebbe di essere considerata come condiscendenza ad un partito clericale e può quindi provocare più forti ed immediate reazioni anticlericali. Per questo, forse, il Vaticano ha mostrato di comprendere, prima e dopo l'abolizione del *non expedit*, che un partito cattolico in parlamento potrebbe essere d'impaccio e non di vantaggio», ROMOLO MURRI, *Il nuovo gruppo parlamentare cattolico*, in *Nuova Antologia*, vol. CCXI, 1907, pp. 155-156.

⁵² Alle elezioni politiche suppletive di Bergamo, sempre nel 1907, venne accordato dalla Santa Sede il permesso di prendere parte alle elezioni politiche ai cattolici, su richiesta del Vescovo della città, Mons. Radini Tedeschi, per appoggiare il Bonomi contro il candidato socialista, previo accordo con i moderati. Quando però i moderati presentano un candidato proprio, il Bonomi non si ritira, come probabilmente avrebbe dovuto fare poiché non era più l'unico candidato da poter opporre al socialista "per il bene delle anime e dei supremi interessi della ... Chiesa". Alle elezioni ottiene un numero consistente di voti, ma non sufficiente per essere eletto al primo scrutinio. Solo una volta deciso il ballottaggio, pertanto, la candidatura cattolica viene ritirata. Sulla vicenda elettorale bergamasca, cfr. CESARE MARONGIU BUONAIUTI, *Non expedit...*, cit., pp. 139-141.

⁵³ Il giornale agrigentino *Il Moscone*, al n. 47 del 31 marzo 1907 pubblica un articolo in cui propugna strenuamente la candidatura Scaduto, mettendone chiaramente in rilievo i pregi e facendo il contrasto con Gregorio Gallo, "ignoto ed inleggibile". Occorre precisare che il fondatore de *Il Moscone* è Giovanni Guarino Amella, sostenitore di Francesco Scaduto. Nel 1906, Giovanni Guarino Amella è eletto consigliere provinciale per la provincia di Girgenti come esponente dell'Unione Democratica popolare.

Del resto Scaduto ottiene l'appoggio anche di altri giornali sia locali che nazionali, soprattutto a partire dalla seconda elezione del 9 giugno 1907, come dimostra la sua lettera del 21 giugno 1907, indirizzata al commendatore Giglia: «[...] Tutta la stampa è con noi, compresa la Tribuna, organo ufficioso del governo. L'ora, anch'esso ufficioso, intende propugnare la mia candidatura». Nella stessa lettera riporta il seguente telegramma spedito dal direttore Scarfoglio de *Il Mattino* al vicedirettore de *L'ora*, Bellezza: «Occorre appoggiare energicamente candidatura Scaduto, alla quale tengo personalmente moltissimo. Mi raccomando a te». In data 15 giugno 1907 Scaduto scrive al direttore Bergamini del *Giornale d'Italia* e il 16 giugno al direttore Lodi della *Vita*, organo dei radicali, ringraziandoli per la campagna serena, ma coraggiosa a proposito dell'elezione politica di Girgenti. Le lettere sono rubricate rispettivamente a pp. 176 e 184, «*Copialettere*» n. 219 (BCGUS, *Carte Scaduto*, serie VI).

5. Clima politico nel Collegio

Tuttavia, Gregorio Gallo telegrafa subito dopo l'elezione, in data 8 aprile 1907, a *La Tribuna* affermando di voler proseguire il programma politico del padre e respingendo come tendenziose le notizie dell'appoggio clericale⁵⁴.

La polemica sul carattere clericale o liberale della candidatura Gallo prosegue sul giornale *La Tribuna* il quale pubblica contemporaneamente sia la lettera del direttore del *Moscone*, che ribadisce l'autenticità dei documenti a fondamento della notizia riportata in relazione all'appoggio di Sclafani nella elezione di Gregorio Gallo, sia la lettera di Gregorio Gallo che smentisce tutte le accuse di clericalismo avanzate rispetto al suo programma politico⁵⁵.

In relazione al *non expedit*, su richiesta di Matilde Serao (BCGUS, serie V, *Carteggio*, 217.72, lettera di Matilde Serao 20 giugno 1905) Francesco Scaduto era già intervenuto sul quotidiano *Il Giorno*, nel 1905, successivamente all'emanazione dell'enciclica di Pio X (*Conseguenze elettorali dell'abolizione del "non expedit"*, in *Il Giorno*, 24, 26, 29 giugno; 4, 13 luglio 1905) con un unico lungo articolo, che costituisce in realtà un vero saggio scientifico, diviso in più parti per evidenti ragioni editoriali: *Contenuto dell'enciclica - Encicliche e discorso del Trono - Storia del "non expedit" - Ragione dell'abolizione* (n. 174, 24 giugno); *Limitazione nell'abolizione del "non expedit" - Contenuto negativo dell'enciclica: non rinuncia al Potere Temporale - "Non expedit" abolito nell'interesse dell'Italia?* (n. 176, 26 giugno); *Conseguenze elettorali dell'abolizione del "non expedit" - Conseguenze parlamentari* (n. 179, 29 giugno); *Differenze tra l'Italia e gli altri Stati - L'abolizione del "non expedit" gioverà all'Italia?* (n. 184, 4 luglio); *I democratici-cristiani - Riforma della società in Cristo. Cause remote dell'abolizione del "non expedit" - Nuova orientazione dei partiti politici italiani* (n. 193, 13 luglio). Francesco Scaduto interverrà ancora sullo stesso argomento: *A proposito del non expedit*, in *L'ora*, 1 marzo 1909.

⁵⁴ «La manifestazione fattami dalla mia città natia e dall'intero collegio è stata solenne, rimanendo estranea ai partiti politici.

Il mio programma è la continuazione dei principii che furono il programma del mio adorato genitore.

Prego perciò smentire qualunque notizia tendenziosa e rispondente a fini subdoli e riprovevoli. Grazie.

Gregorio Gallo», *La Tribuna*, 9 aprile 1907.

⁵⁵ I testi delle lettere vengono interamente pubblicati su *La Tribuna*, 14 aprile 1907. La lettera dell'avvocato Guarino Amella del 10 aprile 1907 è la seguente:

«Onorevole signor Direttore,

L'avv. Gregorio Gallo col suo telegramma alla *Tribuna* chiama tendenziosa la notizia pubblicata dal *Moscone* e da me comunicata ai giornali del continente sul carattere prettamente clericale della di lui candidatura.

Ora io tengo a confermare nella maniera più assoluta quanto ho telegrafato. L'originale della lettera autografa del sac. Sclafani che trasmette ai parroci *ufficialmente* l'ordine papale ai cattolici di votare per Gregorio Gallo, è in mio potere e son pronto ad esibirlo a chiunque. Ho anche in mio potere un telegramma circolare dello stesso Sclafani confermando l'ordine papale. A tutto ciò bisogna aggiungere: che la candidatura di Gregorio Gallo fu annunziata per il primo dal sac. Sclafani con un telegramma da Roma, dove egli si era recato per prepararla; che la candidatura fu proclamata e sostenuta ufficialmente dall'amministrazione clericale di Girgenti, della quale, come assessore, fa parte il reverendo Sclafani; che in tutti i comizi e le dimostrazioni, prima e dopo le elezioni, furono oratori dei giovani preti, inneggianti al giovane Gregorio Gallo come *uno dei loro*.

La smentita di Gregorio Gallo di qualsiasi appoggio da parte dei clericali e, d'altro canto, l'accusa da parte di certa opinione pubblica di ambiguità o comunque di una non sincera adesione al programma paterno, si giustificano alla luce del significato politico che la partecipazione del defunto Nicolò Gallo al governo Giolitti aveva rivestito. Tra gli *ex* zanardelliani, il ministro Gallo rappresentava, insieme a F. Massimini, ministro delle Finanze, F. Cocco-Ortu, ministro dell'Agricoltura, Industria e Commercio, e A. Ciuffelli, sottosegretario alla Pubblica Istruzione, «l'ala di sinistra e laicista, anzi anticlericale» del terzo ministero Giolitti.⁵⁶

Il telegramma dell'avv. Gregorio Gallo (mandato dopo la votazione) dalle frasi ambigue sul proseguimento della politica paterna, non può distruggere i fatti.

Spero che la S.V. vorrà pubblicare questa mia lettera e la ringrazio

Avv. *Giovanni Guarino Amella*

Direttore del *Moscone*».

La lettera di Gregorio Gallo, datata 11 aprile 1907, è invece la seguente:

«Onorevole signor Direttore,

Ritornato ora da Girgenti, vedo, leggendo i giornali, che la mia elezione è stata oggetto dei più strani apprezzamenti; e la stranezza maggiore consiste in ciò: che nonostante il mio telegramma diretto a lei e nonostante il risultato così eloquente della mia elezione, mi si voglia attribuire una fede politica che non è la mia.

Ora, contro tale asserzione sta in fatto:

1. Che la candidatura non mi fu offerta né da *una persona* né da *un partito*: ma fu invece proclamata dalla mia città natia, alla quale fecero seguito altre sezioni del collegio; e la scelta cadde sul mio nome non pure per rendere omaggio ad una memoria sacra ai miei concittadini quanto a me, ma anche perché parve che solo sul mio nome si potesse eliminare ogni lotta di partiti locali ed assicurare invece la continuazione di quella concordia che era stata la base essenziale della posizione politica di mio padre nel suo collegio.

E il risultato della elezione offre appunto la riprova di questa concordia. In cinque sezioni del collegio, infatti, io ottenni 1680 voti contro 317 dati al mio competitore. E sarebbe temerario anche per chi non conosca le condizioni dei nostri paesi, affermare che quei 317 voti su 2000 votanti possano costituire un *partito*, come sarebbe ingenuo ritenere che un solo partito possa dare 1680 voti!

Nella sezione di Favara si ebbero la identica posizione e le stesse proporzioni, con questa sola differenza: che ivi i partiti locali si trovarono uniti con 617 voti contro il candidato di Girgenti, ossia contro me che ne ebbi solo 63.

2. Che prima dell'elezione e prima di qualsiasi telegramma patrocinatore della mia candidatura, rivolgendomi pubblicamente agli elettori, dichiarai che il mio programma politico non poteva essere se non la continuazione ideale di quello di mio padre, a tutti noto.

Ora, estraneo ad ogni lotta locale, non posso analizzare i singoli voti né ricercare i criterî da cui ciascuno fu mosso per accedere al nome proposto quale simbolo di concordia.

Conscio del significato della mia elezione, non posso che accettare con animo grato e con orgoglio questo largo consenso di suffragi di cui i miei concittadini hanno voluto onorarmi.

Questa è la verità delle cose che tronca ogni discussione, e che ho voluto rilevare, s'intende, per le persone e la stampa di buona fede: chè con altre non intendo aprire né accettare alcuna polemica, specie se a base di insinuazioni e di malignità.

Mi creda con ossequio

Dev. mo Gregorio Gallo».

⁵⁶ HARTMUT ULLRICH, *La classe politica nella crisi di partecipazione dell'Italia giolittiana: liberali e radicali alla camera dei deputati (1909-1913)*, I, Camera dei deputati, Roma, 1979, p. 115; GIUSEPPE SIRCANA, *Dizionario Biografico degli italiani*, cit., p. 725.

Nel 1904, infatti, un anno dopo la scomparsa dello Zanardelli, i suoi sostenitori e seguaci avevano dato vita al Partito democratico costituzionale. Il gruppo parlamentare, di circa sessanta deputati, assunse il nome di Sinistra democratica. Successivamente si spaccarono in un'ala "ministeriale" e in una di "opposizione" ai governi Fortis e Sonnino, cui aderì il Nicolò Gallo. Quando, nel febbraio del 1906, l'allora presidente del Consiglio Sonnino offrì a Nicolò Gallo una nuova candidatura alla presidenza della Camera, Gallo rifiutò e, restando all'opposizione, contribuì alla caduta del governo Sonnino. Probabilmente Giolitti intese ripagare tale lealtà politica chiamandolo a partecipare al suo governo come ministro di Grazia e Giustizia e dei culti.

D'altro canto, già dal 1901 Nicolò Gallo risultava tra i maggiori esponenti di un liberalismo riformista teso a perseguire l'attuazione dello Stato laico nonché una diversa politica tributaria e la riforma del sistema elettorale. Più volte, infatti, il ministro Gallo si era dichiarato, sia in Parlamento che fuori, favorevole ad un allargamento del suffragio.

L'appoggio clericale alla candidatura del figlio Gregorio non poteva, dunque, non destare un certo clamore poiché evidenziava un radicale cambiamento di rotta nella politica locale, ma soprattutto nazionale: indeboliva l'ala più laica del parlamento e ingrossava le fila del gruppo cattolico già rappresentato dai deputati Cornaggia, Cameroni, e Piccinelli⁵⁷.

Non a caso Gregorio Gallo nelle smentite pubblicate sui giornali sottolinea che la sua candidatura non era stata né proposta, né sponsorizzata da nessun partito: era, al contrario, non solo un naturale omaggio alla memoria del padre, ma anche una scelta su un nome che da anni rappresentava un simbolo di concordia al di sopra delle lotte politiche locali. Il giovane Gallo tende ad evidenziare che l'esito a lui favorevole delle elezioni di Girgenti era fondato su un prevedibile consenso derivante dall'essere in un certo senso candidato naturale perché nativo e radicato nel Collegio, diversamente da Francesco Scaduto che aveva il suo bacino elettorale concentrato principalmente nelle sezioni di Favara. Nato a Bagheria, i legami del professore Scaduto con Girgenti nascevano, infatti, dal matrimonio con Angela Mendola, di Favara.

La competizione elettorale era, in tale prospettiva, da leggersi più semplicemente come espressione del peso politico dei singoli candidati a livello

⁵⁷ Carlo Ottavio Cornaggia venne eletto nel IV collegio di Milano al primo scrutinio, in luogo del radicale Luigi Mangiagalli, già deputato della circoscrizione. A Treviglio l'avv. Agostino Cameroni soppiantò il massone Engel. A Bergamo i cattolici contribuirono all'elezione del conservatore Giuseppe Piccinelli. Sulla partecipazione dei cattolici alle elezioni politiche del 1904, cfr. GABRIELE DE ROSA, *Il movimento cattolico in Italia. Dalla Restaurazione all'età giolittiana*, Laterza, Bari, 1972, pp. 262-274; LIBERO PIERANTOZZI, *I Cattolici nella storia d'Italia*, edizioni del Calendario, Milano, 1970, pp. 251-252.

locale, dunque in ragione di aderenze personali o di luogo di nascita, escludendo qualsiasi coinvolgimento dei partiti, ovvero di schieramenti politici o addirittura di gruppi di pressione, capaci in modo organizzato di indirizzare il consenso su una delle candidature.

Pertanto, la sconfitta di Scaduto, che si presentava in un collegio di cui non era originario e in cui non risiedeva stabilmente, a differenza di Gregorio Gallo, poteva apparire frutto di un suo errore di valutazione.

È pur vero, però, che la cronaca dei giorni delle elezioni, sia di aprile, sia delle successive di giugno, registra gravi incidenti tra le fazioni dei candidati con intimidazioni e aggressioni nei seggi elettorali, tanto da richiedere l'intervento dei tutori dell'ordine⁵⁸ con addirittura l'affissione di manifesti tendenziosi e diffamatori contro Scaduto.⁵⁹

Il clima registrato dai giornali denota, *a contrario*, che Francesco Scaduto era considerato un avversario forte e autorevole, tanto da dover ricorrere ad intimidazioni e violenze contro i fautori della sua candidatura.

Certamente, si potrebbe affermare che Francesco Scaduto non abbia avuto il sostegno da parte governativa che, invece, parrebbe essere stato dato a Gregorio Gallo. Da quel che appare dalle cronache dei giornali, l'autorità preposta a tutelare la libertà del voto e l'ordine pubblico non fu sufficiente-

⁵⁸ *La Tribuna*, 10 giugno 1907, pubblica il telegramma inviato la mattina del 9 giugno da un corrispondente da Palermo: «Il movimento nel collegio di Girgenti è molto accentuato. Molta forza pubblica è stata distribuita per tutta la città. Si assicura che gli operai aderenti alla candidatura Gallo voteranno a scheda aperta. Si annunzia che molti fanatici e faziosi sono nelle sale delle elezioni per intimidire gli elettori che voteranno contro Gallo».

⁵⁹ Ancora *La Tribuna* del 10 giugno 1907 pubblica il telegramma inviato proprio da Girgenti il pomeriggio del 9 giugno del seguente tenore: «Mai si era qui avuto lo spettacolo incivile che si è avuto a deplorare e biasimare dai migliori sostenitori della candidatura Gallo, che vorrebbero il rispetto della legge, tanto più che pare non dubbia la prevalenza del Gallo sul suo avversario. Quanto di peggio hanno i bassi fondi cittadini spadroneggia nelle sedi elettorali, tanto che la forza pubblica ha dovuto occupare tutte le sezioni e spesso fu costretta a farle sgombrare, lasciando soli e senza controllo i seggi composti da sostenitori del Gallo. Malgrado ciò, si lamenta che l'autorità cui è affidata la tutela dell'ordine e della libertà del voto, non abbia fatto a sufficienza quanto doveva, permettendo che elementi violenti e torbidi, e non elettori per giunta, abbiano potuto liberamente accedere nelle sezioni e turbare il sereno andamento della votazione.

Oggi non sono stati qui venduti il "*Giornale di Sicilia*" e l'"*Ora*", che avevano articoli favorevoli allo Scaduto. I "Galliani" li comprarono tutti per impedirne la diffusione.

Ieri, per eccitare la cittadinanza, furono affissi manifesti nei quali si deplorava che la candidatura Scaduto fosse imposta dalla mafia di Favara e Bagheria. Essendo questa una menzogna, autorevoli amici di Gallo, riprovando l'affissione, fecero distruggere quei manifesti per attenuare la sfavorevole impressione che avrebbero prodotto. Il "*Riscatto*", giornale del partito Gallo, qualificò quei manifesti un'artificiosa manovra del partito Scaduto; ma il dott. Russitano, in una lettera aperta, pubblica che, passando con altri amici di notte per la via Atena, vide gli stessi redattori del *Riscatto* dirigere l'affissione del proclama da essi stessi poi ripudiato. Questa lettera ha fatto grande impressione. La maggioranza è per Gallo. Gravi incidenti».

mente efficace, tanto da permettere il libero accesso nelle sezioni elettorali a facinorosi, addirittura non elettori, sostenitori del Gallo, intervenendo solo tardivamente per sedare gli scontri e assicurare un sereno andamento delle elezioni.⁶⁰

Di fatto, tuttavia, Francesco Scaduto, nonostante ripresenti la propria candidatura per tutte le altre elezioni suppletive indette fino alla proclamazione dell'elezione di Gregorio Gallo, appare abbandonare le speranze in un felice esito della contesa elettorale e, di conseguenza, un impegno elettorale più combattivo, già a partire dalla terza elezione del 4 agosto 1907, come si evidenzia dai risultati dei voti ottenuti soprattutto nelle sezioni del Collegio chiaramente a lui favorevoli: le due sezioni di Favara e la sezione di Porto Empedocle.⁶¹

Il Collegio di Girgenti verrà, pertanto, rappresentato alla Camera dei deputati da Gregorio Gallo che sarà rieletto anche nella successiva legislatura.⁶²

6. Il sostegno alla candidatura di Scaduto

Il numero unico pubblicato ad iniziativa degli studenti napoletani acquista, dunque, un particolare rilievo nell'intera vicenda elettorale del Collegio di Girgenti. La pubblicazione, come si evince già dal titolo, è divulgata in occasione della seconda candidatura di Francesco Scaduto per le elezioni politiche

⁶⁰ In data 18 giugno 1907 (BCGUS, *Carte Scaduto*, serie VI, «*Copialettere*» n. 219, pp. 191-192) Francesco Scaduto scrive al cognato Stefano Micciché accludendo una protesta scritta da inviare al Presidente della Camera dei Deputati, pregandolo di farlo firmare da uno degli elettori. Come si evince dalle lettere del 29 giugno e del 1 e del 4 luglio 1907, (BCGUS, *Carte Scaduto*, «*Copialettere*» n. 219, pp. 207, 209 e 221), tale decisione era stata presa insieme ai componenti del comitato, i quali così sarebbero potuti essere chiamati come semplici testimoni e non come accusatori. Si era, pertanto, omessa la denuncia formale al procuratore contro i presidenti dei seggi nonostante dal confronto delle liste di identificazione tenute dai seggi con quella tenuta dal comitato elettorale figuravano aver votato parecchi emigrati e addirittura parecchie persone ormai defunte. Copie delle liste e dei conteggi elettorali sono conservate in BCGUS, *Carte Scaduto*, serie IX, «*Miscellanea*», n. 242. Tuttavia, il professore, in data 11 luglio 1907, con un certo disincanto scrive al suo allievo Domenico Schiappoli: «[...] Avrà saputo che si erano iniziati due processi contro i componenti dei tre seggi di Girgenti città, uno ad iniziativa della Giunta delle elezioni, l'altro ad iniziativa degli elettori; ed avrà forse notato che nel decreto di amnistia sono compresi questi reati, quasi per incoraggiare a commetterne degli altri simili e più gravi». BCGUS, *Carte Scaduto*, serie VI, «*Copialettere*» n. 219, p. 236.

⁶¹ Cfr. *supra* le note n. 33, 34, 35.

⁶² L'attività parlamentare di Gregorio Gallo si sostanzia in un disegno di legge sull'industria zolfiera siciliana; uno a favore dei danneggiati politici delle provincie meridionali; uno sulla cittadinanza. Presentò anche diverse relazioni: sull'istituzione di una lotteria per l'ospedale di Girgenti; sulla costituzione del comune di Bompensiere; una domanda a procedere contro il deputato Milano. Nella XXIV sarà eletto deputato Giovanni Micciché.

suppletive del 9 giugno 1907, ovvero dopo che le polemiche sulla natura clericale della candidatura Gallo avevano evidenziato le profonde implicazioni tra un liberalismo essenzialmente “proprietario”⁶³ e gli interessi politici dei cattolici soprattutto nelle province meridionali e in Sicilia in particolare.

La contrapposizione della candidatura Scaduto alle consorzierie locali e ai “feudi elettorali” che indeboliscono la possibilità di rinnovamento del Mezzogiorno d'Italia è messa in rilievo sin dalla prima pagina del giornale da Francesco Nitti. La scelta elettorale operata dal Collegio diviene un criterio di giudizio sulla maturità politica degli elettori. È una scelta tra due concezioni contrapposte della stessa politica: l'una basata sugli intrighi e sulle clientele, l'altra sul valore personale, disinteressato e al servizio del pubblico interesse al fine di rappresentare i reali bisogni e le aspirazioni del Mezzogiorno. Efficacemente Francesco Nitti sottolinea:

«Vincitore o vinto nella lotta elettorale il professore Scaduto non guadagnerà e non perderà nulla. Nella estimazione nostra egli rimarrà sempre quello che è ora».

Sulla necessità di una rappresentanza politica meridionale indipendente da qualsiasi forma di condizionamento e capace di realizzare concretamente un programma liberale sono incentrate molte delle lettere pubblicate sul giornale in omaggio a Scaduto.

Gli interventi sollecitati dal comitato degli studenti napoletani risultano, in tal senso, di particolare interesse. Alcuni si incentrano principalmente sulla posizione del professore siciliano nella lotta politica girgentina. Altri, pur senza riferimenti diretti alla specifica contesa elettorale, ne attestano la serietà e l'autorevolezza morale; un terzo gruppo, invece, esalta esclusivamente la tempra dello studioso e dell'accademico.

Interessanti appaiono, per i riferimenti diretti alla situazione verificatasi nel Collegio di Girgenti, gli interventi di Domenico Schiappoli e di Pasquale Fiore, che testimoniano una più intensa partecipazione alla vicenda elettorale di Francesco Scaduto.

L'intervento di Schiappoli si struttura in due parti. La prima è dedicata esplicitamente alla sconfitta di Scaduto nella prima elezione suppletiva ad opera dei clericali capitanati da Michele Sclafani. Il risultato elettorale, afferma, aveva evidenziato «la poca educazione politica del Mezzogiorno» come sottolineavano «i giornali, in specie quelli dell'alta Italia». La preferenza data

⁶³ LIBERO PIERANTOZZI, *I cattolici nella storia d'Italia*, cit, p. 252.

al candidato avversario di Scaduto, che aveva subito smentito il partito stesso che l'aveva eletto, aveva solo «sparso il ridicolo a piene mani sul *candidato*, sui suoi *fautori*, sul *collegio*...». Gli unici a poter essere veramente soddisfatti della sconfitta di Scaduto erano

«i democratici cristiani, quelli modernisti, amici di M. Sclafani, i quali ebbero così un'altra prova che entro il partito clericale, posto sotto la direzione dell'autorità ecclesiastica, si annida una forza corruttrice dissolutrice di programmi e di caratteri».

Viene sottolineato, pertanto, l'impegno attivo dei democratici cristiani modernisti, come li definisce Schiappoli, contro l'elezione di Scaduto più che a favore del candidato avversario, che del resto aveva immediatamente dimostrato di essersi solo servito del loro appoggio per l'ascesa politica, ma di non essere un rappresentante efficace e convinto delle loro posizioni. Da un lato, dunque, sottolinea la scarsa oculatezza nella scelta da parte dei clericali, dall'altro mette in risalto che la campagna elettorale dello Sclafani miri, in realtà, non tanto alla vittoria del candidato più idoneo a rappresentare i clericali, quanto alla sconfitta di Scaduto. Non a caso Schiappoli non nomina affatto Gregorio Gallo, quasi a sottolineare la sua opacità, sia dal punto di vista programmatico che personale, rispetto allo schieramento che lo sostiene, nella contesa politica, né fa alcun riferimento alla circostanza che sia il figlio di Nicolò Gallo, minimizzando implicitamente qualsiasi tentativo di ascrivere l'appoggio alla candidatura avversaria a Scaduto alla naturale prosecuzione della linea politica paterna, come Gregorio Gallo stesso aveva dichiarato. Schiappoli, al contrario, sottolinea che anche sotto questo profilo l'appoggio elettorale dei clericali al figlio di Nicolò Gallo appare poco oculato e coerente dal momento che il compianto deputato si era dichiarato un seguace convinto della politica di Cavour. Riguardo alla politica ecclesiastica il degno continuatore del programma di Nicolò Gallo era, pertanto, Francesco Scaduto.

Di maggiore interesse, tuttavia, appare la seconda parte dell'intervento in cui Domenico Schiappoli motiva le proprie riserve su una rappresentanza più corposa del partito clericale in Parlamento. Con efficacia argomentativa – riporta tra l'altro le critiche avanzate dagli stessi democratici cristiani sulla *Rivista di cultura* alla formazione del partito clericale – il futuro successore di Scaduto sulla cattedra napoletana di diritto ecclesiastico denuncia la strumentalizzazione politica della religione da parte dei clericali militanti e la difesa degli interessi economici sottesa all'accordo del governo con i clerico-moderati. La mobilitazione cattolica a difesa della religione appare, pertanto, pretestuosa poiché, come incisivamente afferma: «La religione non ha bisogno

di difesa e d'un partito che se ne eriga a paladino, poiché la più strenua difesa la si trova, nel momento opportuno, nella coscienza del popolo».

D'altro canto, prosegue, le maggiori questioni rispetto alle quali il partito cattolico ritiene doveroso il proprio impegno politico – come ad esempio l'opposizione all'avocazione della scuola elementare allo Stato – risultano confliggenti con lo sviluppo sociale e culturale del popolo italiano e del Mezzogiorno in particolare. La posizione del partito clericale appare, in tal senso, proiettata in difesa degli interessi della Chiesa i quali non coincidono con la promozione del “pubblico bene”, che rappresenta il fine ultimo dello Stato. In tale prospettiva, le considerazioni di Schiappoli esprimono l'idea dell'impegno politico capace di trascendere gli interessi di parte. Proprio tale alta considerazione del ruolo e della funzione dell'azione politica, soprattutto in uno Stato unitario di recente formazione, esprime efficacemente l'idea del rapporto tra politica e religione sottesa a quello tra Stato e Chiesa affermata in ambito scientifico ed accademico negli studi di diritto ecclesiastico italiano.

In tal senso, l'impegno politico di Francesco Scaduto appare non disgiunto, ma, al contrario, strettamente connesso alla sua attività di studioso delle problematiche relative alla regolazione dei rapporti tra comunità politica e potere religioso. Le problematiche inerenti alla politica ecclesiastica sono, con tutta evidenza, il banco di prova per l'attuazione concreta del programma liberale. Come è affermato dal senatore Brusa:

«L'Italia ha saputo gettare solide basi per l'edificio esteriore ideato nell'intento di rivendicare allo Stato l'indipendenza che gli spetta. La pietra angolare dell'edificio interiore, conforme a questo disegno, non è ancora scolpita, tanto appare immatura la coscienza pubblica nel conflitto fra conservatori, radicali e liberali».

Tale discrasia tra gli intenti programmatici dei governi liberali e la concreta attuazione di una politica davvero liberale è messa ben in risalto da Pasquale Fiore, professore di diritto pubblico interno dell'Università di Napoli. Nel suo intervento, intitolato *Programma palese ed occulto di governo*, evidenzia come la salvaguardia della libertà delle istituzioni, lo sviluppo del diritto pubblico, le future riforme legislative sono strettamente collegate all'indirizzo di politica ecclesiastica che, nell'azione di governo, ha importanza pari alla politica estera. Lo Stato liberale, scrive, si realizza solo attraverso l'affermazione della sua sovranità rispetto a qualsiasi ingerenza o pretesa confessionale. Per assicurare il temperamento tra la libertà e l'indipendenza della comunità politica e di quella spirituale, seguendo la linea cavouriana, occorre, prosegue Pasquale Fiore, «assoggettare ogni forma di associazione

che trovasi nello Stato, non esclusa quella formata dai credenti cattolici, alla legge interna, e di mantenere saldo principalmente il rispetto del Diritto pubblico territoriale». Risulta evidente che il programma liberale di politica ecclesiastica enunciato da Fiore trovi nel pensiero e nell'insegnamento del moderno diritto ecclesiastico da parte di Francesco Scaduto, già a partire dalla prolusione palermitana, la sua elaborazione dottrinale più definita. Per tali motivi, la presenza del professore Scaduto in Parlamento è considerata, con forza ed efficacia, da Pasquale Fiore «di sommo interesse nazionale», al fine di difendere quei principi di completa indipendenza e assoluta separazione delle due Potestà, proclamati dai Governi liberali nel loro programma palese, ma sempre più spesso disattesi «nella politica dei fatti» ispirata alla segreta tendenza ad una vagheggiata conciliazione con la Chiesa. È proprio tale programma occulto, profondamente contrastante da quello enunciato, che cagiona «talvolta le imprudenti condiscendenze; talvolta l'ingiustificato abbandono delle prerogative dello Stato; talvolta il sacrificio biasimevole degli interessi nazionali». Come appare chiaro, l'intervento di Pasquale Fiore è un atto di accusa alla politica governativa e all'apertura fatta agli schieramenti clerico-moderati al fine del mantenimento e consolidamento del potere. In tal senso, l'invito accorato all'appoggio nell'elezione a Francesco Scaduto è rivolto all'intero partito liberale affinché contrasti, attraverso la presenza in Parlamento di personalità di sicura lealtà politica e competenza, l'attuazione del programma occulto, pericoloso per le istituzioni e il diritto pubblico.

Pur senza riferimenti espliciti alla vicenda elettorale di Girgenti, appare evidente che quello di Pasquale Fiore, come anche altri interventi più schiettamente liberali pubblicati nel numero unico, mirino, da un lato, a compattare l'intero partito liberale sulla candidatura di Francesco Scaduto – inducendo in tal senso soprattutto i liberali agrigentini – e, dall'altro, incitino ad una opposizione ferma alla politica del Governo, denunciando la sua neutralità apparente.

In tale prospettiva, il professore Francesco Scaduto, fondatore del concetto moderno della disciplina del diritto ecclesiastico italiano imperniato sull'interpretazione del separatismo tra Stato e Chiesa in chiave giurisdizionalista, esprime la garanzia posta a difesa dei principi liberali rispetto a qualsiasi forma di compromesso politico.

7. Sconfitta e aspettative politiche

L'esito delle elezioni suppletive di Girgenti, tuttavia, evidenzia che la sola forza delle idee e del prestigio personale non furono sufficienti ad ottenere la

vittoria. Come icasticamente scrive nei suoi diari l'affezionato zio di Scaduto, il barone Antonio Mendola:

«[...] La votazione constava di voti e si faceva in Girgenti. I professori, i deputati, i giornalisti erano a Napoli e in altre città d'Italia, non erano in Girgenti e non davano voti. [...] Scaduto credeva che questo numero unico gli avrebbe procacciato l'elezione; ma s'ingannava. Gli elettori se ne infischiarono di queste carte stampate; il partito era preso, i voti già fissati per Gallo; mi rincresceva ripeterlo: Scaduto era destinato a riportare una solennissima sconfitta. Si vince coi voti, non con le sole stampe. I voti sono la sostanza, il nerbo delle elezioni. I numeri unici, i giornali, etc. sono sussidi che ampliano, facilitano l'elezione».⁶⁴

Alla luce dello svolgimento della contesa elettorale, la fiducia riposta da Francesco Scaduto nel numero unico al fine di sconfiggere il clericalismo e il campanilismo agrigentino e guadagnare l'appoggio del governo e di Giolitti, appare frutto di un eccessivo entusiasmo. Certamente, l'iniziativa degli studenti dell'Università di Napoli e le sollecitazioni a perseverare nella lotta da parte dei numerosi personaggi illustri che aderiscono al giornale avranno influito sull'attivismo e, si potrebbe dire, l'accanimento nella lotta del professore siciliano. Resta il fatto che la strategia elettorale e la caparbieta a ripresentare la propria candidatura, nonostante le probabilità di riuscita fossero alquanto esigue, non possono non evidenziare una certa inesperienza politica.

Tant'è che, nonostante la schiacciante sconfitta alle elezioni del 1907, il professore si dichiara ancora disponibile, seppur con maggiore cautela, anche per le elezioni politiche del 7 e 14 marzo del 1909, quale candidato al Parlamento, sempre nel Collegio di Girgenti. All'insistenza di alcuni fautori della sua nuova candidatura, tra cui uno dei maggiori dell'Unione liberale di Girgenti, Scaduto risponde, nella lettera dell'8 dicembre 1908:

«[...] se il partito liberale tutto e compatto delibera formalmente e pubblicamente che sia il caso di combattere col mio nome, io sarò a disposizione; se, invece, crede che altri sia più indicato, io non devo influire sulla sua decisione, la quale sarà serena e rispondente alla situazione»⁶⁵.

Questa volta, pertanto, Scaduto specifica che la proclamazione da parte

⁶⁴ Diari del barone Antonio Mendola, 31 maggio 1907.

⁶⁵ BCGUS, *Carte Scaduto*, serie VI, «*Copialettere*» n. 224, p. 52.

del partito liberale di Girgenti città, in accordo con quello di Favara, è la *conditio sine qua non* per ripresentarsi candidato.

Ma ancora una volta, sarà Gregorio Gallo il candidato eletto nel collegio di Girgenti.

Di ritorno a Napoli, in data 28 febbraio 1909, il professore Scaduto così scriverà alla *Federazione universitaria democratica fra studenti e laureati della provincia di Girgenti*:

«[...] Voi già conoscete che intanto io, pur ringraziando, ho dovuto declinare la candidatura. Anche voi scrivevate di non farmi l'illusione di poter vincere, tranne in qualche collegio. Ma io conservo viva la fede, forse quanto voi, che certe battaglie, anche troncate o numericamente perdute, fruttano per l'avvenire. Ed è questa fede che mi accomuna a voi, e mi fa palpitare e gioire con schiere di giovani intellettuali simpatizzanti anche senza conoscenza personale. Custodite questo sacro fuoco e rimarrete sempre giovani di sentimenti e di idee, anche nella tarda età»⁶⁶.

Traspare, da tali parole, una partecipazione emotiva che si esprime nella sua pienezza nei confronti dei giovani universitari con i quali Scaduto condivide, non solo come professore e Maestro, l'entusiasmo e la fierezza nel lottare per ciò in cui si crede.

È indubbio, d'altronde, che la politica attiva abbia sempre sollecitato gli interessi di Francesco Scaduto. In proposito, può essere interessante rilevare che quella per le elezioni suppletive del 1907 non era la sua prima candidatura.

Già dieci anni prima, nel febbraio 1897, il professore siciliano si reca a Roma per chiedere l'appoggio per la sua candidatura alle elezioni politiche nel Collegio di Girgenti-Favara-Porto Empedocle all'allora presidente dei ministri marchese di Rudinè e proprio all'on. Nicolò Gallo.

In realtà, come si apprende dai diari del barone Antonio Mendola,⁶⁷ sin dall'incontro che il 9 marzo 1897 Francesco Scaduto ha con il prefetto di Girgenti, appare chiaro che il candidato appoggiato dal governo è il marchese Luigi Contarini, già deputato nelle due legislature precedenti. Sta di fatto che anche la sezione di Favara proclama come candidato del collegio il marchese Contarini che vincerà le elezioni del 21 marzo 1897 per la XX legislatura con 1470 voti.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 173.

⁶⁷ Diari del barone Antonio Mendola, 9 marzo 1897.

È singolare, tuttavia, che nonostante la mancata candidatura, Francesco Scaduto ottenga nella sezione di Favara 44 voti su 355 votanti. Tale risultato, benché forse attesti il disappunto per le scelte del comitato elettorale agrigentino, e comunque la stima di cui il professore gode a Favara, probabilmente è semplice frutto di un malinteso che si era ingenerato circa la sua candidatura, dovuto ad una incauta e prematura pubblicità presso l'elettorato favarese. In ogni caso, finisce per sottolineare con maggiore evidenza lo smacco politico subito da Francesco Scaduto già in quella circostanza.

Tuttavia, seppure non verrà mai eletto al Parlamento, Francesco Scaduto rivestì importanti cariche politico-amministrative. Nell'agosto del 1903 era stato eletto al Consiglio Provinciale di Girgenti per il mandamento di Favara, ufficio che mantenne fino al 1923; dal 10 agosto 1914 al 6 novembre 1920 e dal 9 agosto 1921 al 2 febbraio 1923 ricoprì la carica di Presidente dello stesso Consiglio; fu eletto, inoltre, consigliere comunale di Roma il 4 giugno 1914, conservando tale carica fino al 1920.

Coronerà, infine, il suo desiderio di partecipazione alla vita politica con la nomina a senatore del Regno, il 1 marzo 1923⁶⁸.

Nel 1932 si iscriverà al Partito Nazionale Fascista.⁶⁹

⁶⁸ Su proposta dei deputati Angelo Abisso, Giovanni Micciché, Ignazio La Lumia Aldisio, Francesco Scaduto è nominato senatore del Regno con R.D. 1 marzo 1923, per la categoria 16^a dell'art. 33 dello Statuto. Cfr. *Atti parlamentari della Camera dei Senatori. Discussioni. Legislatura XXVI, I sessione 1921-23*, vol. IV, Tip. del Senato, Roma, 1923, pp 4763-64 per la nomina comunicata nella tornata del 23 maggio 1923; p. 4840 circa la relazione della Commissione per la verifica dei titoli; p. 4842 per il giuramento di Scaduto il 28 maggio 1923.

⁶⁹ ARCHIVIO STORICO DEL SENATO DELLA REPUBBLICA, *Archivio dell'Unione Nazionale Fascista del Senato*, b. 1, fascicolo 2, n. 37: copia di lettera del 17 agosto 1932 del segretario del PNF, Achille Starace, al sen. Pietro Fedele, relativa all'iscrizione al PNF del senatore Francesco Scaduto. L'inventario analitico del fondo dell'UNFS è pubblicato nel vol. *Il totalitarismo alla conquista della Camera alta. Inventari e documenti dell'Unione nazionale fascista del Senato e delle Carte Suardo. Con un saggio di EMILIO GENTILE*, Rubbettino, Soveria Mannelli, s.d., ma 2002. Negli elenchi che corredano il volume, pp. 150-151 e 236-237, Francesco Scaduto risulta iscritto all'UNSF il 5 giugno 1932 e al PNF nel settembre dello stesso anno.

Settimanale
1907

Cento esecrate con la Forza

PER IL PROF. FRANCESCO SCADUTO

IN OCCASIONE DELLA SUA CANDIDATURA POLITICA NEL COLLEGIO DI GIRGENTI (9 GIUGNO 1907)

AD INIZIATIVA DEL COMITATO DEGLI STUDENTI UNIVERSITARI NAPOLETANI

Il professore Scaduto rappresenta una di quelle rare e meravigliose energie, che impressionano per la cultura profonda, per l'ingegno vigoroso, pronto, per l'attività instancabile, multiforme, per la modestia e la rettitudine della vita.

Egli nacque a Bacheria in provincia di Palermo il 30 luglio 1858.

Ben presto diede prova della sua volontà tenace e del suo ingegno superiore. Dedicatosi agli studi classici, percorse brillantemente tutte le scuole, stimato ed amato dai suoi maestri e compagni. Studiò anche archeologia, paleografia; imparò presto il francese, lo spagnolo, l'inglese, il tedesco.

Nel luglio 1881 si laureò in Lettere e Storia nell'Istituto di Studi Superiori di Firenze, dove era tenuto in gran conto dai suoi maestri, quali il Villari, il Fieschi, il del Vecchio, il Comazzi.

Nel novembre dello stesso anno ottenne un assegno di perfezionamento per la storia nel detto Istituto. E da allora la sua carriera scientifica si svolse rapida, gloriosa; subito egli si affermò vittorioso in ardui concorsi.

Nel novembre del 1882 vinse il concorso per l'assegno di perfezionamento per la storia nell'Interni del Biene, che, dati i suoi meriti eccezionali, gli fu permesso di godere in Germania, ove già si era recato a studiare Diritto Ecclesiastico col Friedberg prima e poi con l'Hilsehlius e con l'Huebner.

Ogni anno segnava per prof. Scaduto una conquista, una vittoria, le sue pubblicazioni, tanto apprezzate, incominciavano ad essere numerose. Nel novembre 1883 ottenne per titoli la libera docenza nella Storia del Diritto Italiano e in Diritto Ecclesiastico nell'Università di Roma; e contemporaneamente, nel novembre dello stesso anno 1883, vinse il concorso per l'assegno di perfezionamento in Storia del Diritto Italiano all'estero, dove subito ritornò, passando l'anno scolastico 1883-84 a Parigi e a Londra.

Nel novembre del 1884 venne nominato incaricato di Diritto Ecclesiastico nella R. Università di Palermo; e nel novembre del 1886 vinse il concorso di professore straordinario di Diritto Ecclesiastico nella R. Università di Napoli.

Nel novembre del 1899 fu promosso professore ordinario di Diritto Ecclesiastico nel-

la Università di Napoli, nella quale continua a insegnare.

Nell'aprile del 1899 fu eletto membro ordinario dell'Accademia pontificina di Napoli.

fulgida della patria e la gloria più pura della famiglia.

Circondato dall'ammirazione e dal plauso generale, stimato dai colleghi, venerato dai discepoli, adorato dal parenti, il prof. Francesco Scaduto, con energia giovane e fresca, prosegue instancabile pel suo cammino glorioso.

FRANCESCO SCADUTO

Sarà onore del collegio di Girgenti mandare alla Camera Francesco Scaduto.

Era tanti uomini incerti e indecisi, egli è veramente un carattere: fra tanti uomini che opinano, egli è un uomo che crede, e le sue convinzioni danno a lui o alla sua opera una mirabile efficacia.

Quando noi lo offriamo la candidatura del collegio di Bivona, a molti che me la offrono io dissi, che avrei desiderato mio nome fosse preferito quello di Franco-



Prof. Francesco Scaduto

Scaduto di Girgenti vogliono mostrare che l'Italia del Mezzogiorno non è paese di conquista; se vogliono mostrare che loro desiderio è contribuire al rinnovamento del mezzogiorno; se vogliono di fronte all'Italia intera mostrarsi liberi se vogliono mandare alla Camera chi rappresenti non l'indugio o le consuetudini locali, ma i veri bisogni e le vere aspirazioni del Mezzogiorno devono votare Francesco Scaduto.

Vincitore o vinto nella lotta elettorale il professore Scaduto non guadagnerà e non perderà nulla.

Nella stima nostra egli rimarrà sempre quello che è ora.

Ma il Collegio di Girgenti con la votazione del 9 giugno giudicherà se stesso. Sapremo se ci dovrà contare su di esso per la rinnovazione civile del Mezzogiorno, come su di una forza viva e vitale, o se bisognerà invece considerarlo come un fessolo politico, come una delle tante delusioni del Mezzogiorno.

FRANCESCO NITTI
deputato

Alla sua domanda la mia risposta va compilata così:

Un qualsiasi collegio elettorale dovrebbe essere ben fiero ed orgoglioso di avere a rappresentante politico una spiccata ed eminente individualità quale è il prof. Scaduto.

Con ossequenza di Lei

PROF. D'ANTONIO
caudace del regno

Dato la sua competenza speciale, il prof. Scaduto è uno dei più illustri giuriconsulti d'Italia, che ha creato una scuola, ricostruendo e facendo rivivere ed assurgere alla dignità delle altre discipline giuridiche il Diritto Ecclesiastico, che da tempo era negletto dagli studiosi per le ardue difficoltà che presentava e per motivi politici.

Egli ha avuto delfini incaricati da parte del governo, che ha richiesta la sua autorevole opinione in intricati affari di politica ecclesiastica.

La sua attività è sorprendente; a soli 48 anni le sue pubblicazioni raggiungono il centinajo.

La autorità naïve e saltemente riconosciuta, la vita sobria, modesta, inalterata, l'animo nobile, squilibrato, il carattere adamantino, fanno del prof. Scaduto una di quelle nobili figure di scienziati, che sono la gloria più

FRANCESCO SCADUTO
e l'attuale lotta politica di Girgenti.

Il collegio di Girgenti aveva ed ha nel prof. Francesco Scaduto il suo candidato, un uomo universalmente stimato per la mente elettrice e per suo carattere integerrimo, che onora la scienza italiana e l'isola nativa. Se Egli sarà eletto, il compianto Ministro Gallo avrà un degno successore ed un fedele continuatore dell'opera sua, poiché anche riguardo alla politica ecclesiastica non credo vi fossero divergenze sensibili tra Niccolò Gallo e Francesco Scaduto.

Non dichiaro ultimamente il Gallo d'esser un seguace convinto della politica del conte di Cavour? E l'opera principale, quasi quasi esclusiva di Francesco Scaduto, quella sorta di *Giornale politico*, non è forse la più genuina ricostruzione storica e la più alta interpretazione del pensiero del grande statista piemontese?

I clericali di Girgenti, capitani di M. Sclafani, furono ben puniti, quando ai giuriconsulti, che onora la cattedra nel primo Ateneo del Mezzogiorno preferirono un candidato, che, con piena innocenza dell'alta funzione eh'era chiamato a compiere, iniziò la sua carriera politica smantando il partito che l'aveva eletto.

Il ridicolo fu sparso a piene mani sul candidato, sui suoi fattori, sul collegio...

I giornali, in ispecie quelli dell'alta Italia se la prosero con la posa educazione politica del Mezzogiorno. I soli veramente ossequiosi dovettero essere, manco a dirlo, i democratici cristiani, i quali modernisti, amici di M. Sclafani, i quali ebbero così un'altra prova che entro il partito clericale, posto sotto la direzione dell'autorità ecclesiastica, si annida una forza corrottrice disgregatrice di programmi e di caratteri.

Ma che cosa è, che rappresenta questo partito clericale che si va formando in Italia? Ha il collegio di Girgenti o qualsiasi altro collegio dell'Italia meridionale un vero interesse a che si accrescano gli individui che rappresentano il detto partito in parlamento?

A quest'ultima domanda rispondendo subito di no ed in quanto al giudizio sul partito non dico il mio, che potrebbe essere o parere sospetto, ma riferisco quello che ho udito e visto. Rivista di cultura e democratici cristiani, amici di M. Sclafani: « È un partito che anticamente assomigliava ai sacerdoti, quanto qualsiasi altro partito, anticlericale e che in parlamento alla religione farà più male che bene ». Di quest'ultimo punto lo non mi preoccupo, poiché mi ha da pensare chi ha la tutela degli interessi religiosi.

Ma mi debbo certamente preoccupare dell'indifferenza ostata che potrà avere questo partito sull'elevazione delle masse del popolo italiano in genere e del Mezzogiorno in modo speciale. Ebbene scritte le acene specifiche che i democratici cristiani fanno a questo partito clericale:

« Chi rappresenta l'azione sociale ufficiale dei cattolici italiani ha i poteri colonici più grossi d'Italia. Gli istituti industriali vetti da clericali militanti esercitano lo sfruttamento capitalistico, anche di minatori, in un modo peggiore di quello esercitato da capitalisti privi di scopoli religiosi. A Roma i clericali hanno prestatosi danari anche ad iniziative prettamente socialiste ecc. » Ora perché gli elettori di Girgenti debbono contribuire col loro voto ad

accrescere la fila di questo partito elico-moderato, eh'è sorto in regioni industriali per tutelare sotto il mantello della religione interessi così loschi?

Ma i democratici di Girgenti che cosa rappresentano nell'azione clericale del continente? Credo che neppure loro sarebbero in grado di dare una risposta esplicita. E che ne dicono della questione dell'avvicinazione della scuola elementare allo Stato, che la Chiesa non vuole, che i clericali dell'alta Italia combattono ad oltranza, ma che nei meridionali, quanti siano assenti del politico bene, debbono desiderarlo ed ottenerlo?

Coloro che si presentano candidati religiosi, o sono in mala fede, o non sanno quello che si dicono. La religione non ha bisogno di difesa e d'un partito che se ne vada a paladino, poiché la più strana difesa la si trova, nel momento opportuno, nella coscienza del popolo. Di deputati meridionali, che svolgono alla Camera un programma negativo, quello, cioè, di far niente, ne abbiamo troppi.

Il risorgimento del Mezzogiorno non si potrà avere, se non si pensa a migliorarlo la rappresentanza politica. Occorrono uomini non solo onesti, ma capaci, di coraggio, che sappiano comprendere i problemi della vita sociale ed attuali, quando sono maturi. La religione non deve contribuire a che i meridionali seguitino ad essere ritenuti come di razza inferiore di fronte a quelli di regioni più fortunate o più favorite.

Se si educa il popolo, invitandolo a gridare forti viva il papa ed oggi viva Roma Intangibile, quando questa mutazione di programma ha una sola causa: l'interesse materiale!

Prof. D. SERRAVALLO
della Università di Pisa

Il prof. Scaduto è stato uno dei più antichi e più valorosi amici del nostro Istituto. Io gli suggerii il soggetto della tesi di laurea, e che dallo studio della lettura la fece rivoltare a quello del diritto canonico, in cui ha raggiunta un'alta posizione scientifica, riconosciuta in Italia e fuori d'Italia.

Nei lo abbiamo sempre amato e stimato assai per suo ingegno e per suo carattere. Dopo esserci gli stati maestri, gli siamo diventati amici.

Dev. Obblig.

PROF. PAQUALE VILLARI
(Sustituto del regno
ex Ministro della P. Istruzione)

ERODEIO SOLA

Mi è ben gradito, la risposta alla pregiata lettera da lei diretta. Mi attesto il sincero affetto e la grande stima che tributo costantemente al prof. Francesco Scaduto. In lui ho riconosciuto la più alta e nobilita qualità dell'ingegno e del carattere, associate a dell'esperte di bontà e carità che ne fanno un maestro prezioso, un cittadino eminente, un amico impareggiabile. *« Ascrivere ad onore l'essere stato collega a Lui nell'insigne Università napoletana; e sono altrettanto lieto di sapere che la Referenza e l'affezione dei giovani discepoli lo circondano sempre del più desiderato e desiderabile conforto. »*

Mi abbia

uno obbligh.
L. MORTARA
prof. emerito delle università
di Napoli e Pisa
primo presidente
della Corte di Appello di Ancona

ERODEIO SOLA

Sono sotto il colpo di una grave sventura: a morte lei costà una mia adorata sorella.

Non mi sento quindi in grado di corrispondere, come vorrei, alla gentile sua richiesta.

La dico soltanto che il professor Francesco Scaduto è una vera illustrazione della scienza italiana, e che sono orgoglioso di averlo avuto discepolo. Egli fa, anzi, il mio primo discepolo all'istituto di studi superiori negli anni scolastici 1878-81; e fin d'allora presi a seguirlo grandemente per la sua bolla intellettuale, ad amarlo per la sua stupore bontà. Ben presto diventammo amici.

Ho seguito col più vivo compiacimento la sua brillante carriera di scrittore e di docente; e ora che gli studenti dell'Ateneo napoletano vogliono manifestare i sensi della loro ammirazione e devozione all'ingente maestro, lo lodo del nobile proposito.

«Fanzogli onore e di ciò fanno bene...»

Seusi la brevità e mi abbia con tutta stima

Suo devot.

ALBERTO DEL VECCHIO
Prof. all'Istituto di Studi Superiori
di Firenze

Fin dal 1891, di Francesco Scaduto, che allora non conoscevo se non per gli scritti, io scrivevo nell'Archivio giuridico le seguenti parole, che amo qui riportare, per togliere al mio giudizio sopra di Lui, ogni più remota impronta tendenziosa ed opportunistica:

« Non so se la nostra letteratura giuridica degli ultimi anni presenti altro esempio di una attività scientifica così feconda, come quella del prof. Scaduto dell'Università di Napoli. »

« Oramai sono più i suoi lavori che non gli anni, da che Egli ha pubblicato le sue prime opere, cioè il suo *Soma e Chiesa negli scritti politici della fine della lotta per la* »

« *costituzione sino alle opere di Ludovico il Bavarese e Teodoro Moench in Germania e in Occidente*, Firenze 1882, che furono quasi »

« il tramite per cui lo Scaduto passò dai suoi primitivi studi storico-letterari alle »

« discipline più strettamente giuridiche. E si noti che non si tratta solo di critture »

« di poco momento, ma quasi sempre di lavori di lunga lena e di mole, condotti »

« su materiali inesplorati o non mai usati, e con largo apparato di studi preparatorii »

« e di elaborazione storica. Eppure in questa sua operaiva veramente eccezionale, nè »

« l'esserli saputo impiantare con tanta precisione in un campo, che non era da principio il suo, costituiscono il suo maggior titolo di lode. Chi ben consideri il »

« nostro movimento scientifico dovrà ritenere come allo Scaduto sarà ragione di vero »

« bene meritato degli studi italiani special- mente il fatto, di aver saputo ravvivare »

« e rimettere, come si può dire, all'onore del giorno, una disciplina, che presso di »

« noi dormiva da tempo parecchio un sonno così profondo, che parva lotarglo, anzi la »

« morte stessa. Intendo parlare del diritto ecclesiastico. »

« Tre successori lastrici di lavoro in territori comuni ed affini hanno levato sempre più alto in me il concetto della sua valentia e sempre più approfondita la persuasione del suo merito incomparabile per la nostra scienza, ed hanno assieme fornito a me mille e mille occasioni di riprova della sua ineccepibile probità scientifica. »

« L'uomo che in Lui conobbi dopo avere ammirato lo scienziato, mi si chiarì di un carattere e di un cuore superiori perfino all'ingegno. L'ari poi assolutamente alla scientificità la probità morale e la sociale. »

Il suo avvento nella vita pubblica italiana

significabile, adunque, per questa, la conquista di un vero valore, di un valore raro.

Prof. FRANCESCO ROVERI
Vice della Facoltà giuridica
dell'Università di Torino

Francesco Scaduto mi fa pensare a quei nostri legisti che sollevano lo Stato dall'umile condizione di braccio secolare della chiesa alla dignità di istituto superiore ad ogni confessione religiosa. Le armi dello Scaduto son fatte di sicura dottrina, ed ei non le lascia irraggiare.

Ponetelo in qualsiasi cimento.
Sarà leale amico e leale avversario!

Prof. BRUNO BACCI
dell'Università di Padova
ex prof. dell'Università di Catania

Fui discepolo del professor Scaduto nei primi tempi del suo insegnamento, circa venti anni fa, e non comobbi l'uomo che attraverso la severità del professore, esagerata come al solito dagli studenti, ma non priva allora di qualche fondamento, dico allora perché in seguito, penetrata nella comune convinzione l'importanza della disciplina da Lui insegnata, è venuto rallestando il rigore, ed oggi il prof. Scaduto è uno dei maestri più amati dalla studentesca napoletana.

Ebbi poi l'occasione di avvicinarlo nell'esercizio dell'avvocatura e quando tenni la libera docenza nell'Università di Napoli, Cei si potè conoscere tutta la bontà dell'animo suo e la pura modestia in un uomo così erudito e per così desideroso di sapere, dotata per giunta di un acume d'ingegno e di una dialettica veramente ammirabile.

La sua cultura non si limita alla disciplina che, per opera di Lui è risorta a nuova vita, ma anche in altri campi è vastissima. Non non si è arrestato mai nella sua operosità scientifica, ma ha progredito sempre, ed è incredibile l'attività che egli dedica ad apprendere cose anche estranee ai suoi studi, come per esempio, l'agricoltura e le applicazioni industriali.

Volede nelle amicizie, — come pochi altri, è nella famiglia marito e padre esemplare. Uomo di carattere adamantino, non è ascrivito a nessuna setta, ma pensa con la propria testa. Anche quelli pertanto che militano da campo opposto, se nessuno giudizio, dovrebbero preferire un avversario leale, ma indipendente, a chi s'infinge amico per l'occasione, ma che non avendo una propria coscienza, deve necessariamente obbedire all'altri: come.

In tanta penuria d'ingegni e di caratteri la Camera farà un vero acquisto, se gli elettori sapranno emanciparsi da certi pregiudizii feudali, o si persuaderanno che il candidato politico non si trova sulla per diritto ereditario, ma spetta ai migliori.

Prof. LEOCARDO COZZELLO
della R. Università di Messina

FRANCESCO Scaduto o' fra i colleghi più stimati o più cari per ingegno, dottrina o lealtà.

Prof. V. BASANTI
dell'Università di Napoli

In conosco la mente vasta, il cuore nobile ed il sentimento sinceramente democratico di Francesco Scaduto.

Se la terra di Sicilia manderà questa bella tempra di cittadino in parlamento, una coscienza tranquilla passerà, educata, tra una folla di concense insipide.

AVV. ARNALDO LECCI
(Prof. all'Università di Napoli)

Il prof. Francesco Scaduto nella scienza che più particolarmente professa è stato in Italia un pioniere, che con spirito di eroe, da solo assunse il compito di dare assetto ad una disciplina gravissima; in politica è un uomo di convinzioni profonde, il che vuol dire. Egli solo tanto di quei nobili rappresentanti politici che studiano la follia per intorpidire.

Prof. SAN VITO RICCIARDO
dell'Università di Palermo

Lavoratore esatto, estratto integro; austero talvolta nei modi, ma sincero sempre e leale, ottimo padre di famiglia, tale è per me la figura di Francesco Scaduto.

Prof. FILIPPO MILONE
dell'Università di Napoli

Credo altrettanto desiderabile che un uomo come Francesco Scaduto entri nel Parlamento italiano, perchè sono ben rare le persone che possono venir paragonate con lo Scaduto per la cultura della mente, l'altezza dell'ingegno, l'insospitata adamantina del carattere.

Prof. GIANNINO MOSCA
dell'Università di Torino

Studio delle opere di Francesco Scaduto ho per l'illustre giuriconsulto e storico l'ammirazione e la venerazione che si nutre solo verso i grandi Maestri. E poi mio convincente saldo che l'elezione di Francesco Scaduto deputato nel parlamento segnò nella storia della nostra Italia un notevole progresso nella risoluzione delle più importanti questioni politiche.

Prof. STANISLAO CUGIA
dell'Università di Napoli

La dottrina di Francesco Scaduto, in materia del diritto di lavoro, è un modello di metodo, serio, coscienzioso, provvisto di metodo rigoroso nella ricerca e d'ingegno largo e profondo nella stima dei fatti, la dote invidiabile ed involata di un carattere fiero e costante che gli ha consentito di salire ai più alti gradi accademici senza mai piegare e temendo allo vesuvio della scienza, sopra il quale è scritto, e questa a quanto incappa il perfezionamento morale, intellettuale e civile della nostra Italia e l'emancipazione completa da tutti quei vecchi principi, che, col servaggio della patria, propinquo e vorrebbero ancora propinare oppio alle nostre menti e corruzioni ai nostri cuori.

MI ereda di Lei
devotiss.

Prof. CARLO FORMICHI
dell'Università di Pisa

EDUARDO SIGNORE

Trovo la sua lettera e mi affrettò a darle riscontro, felice di poter rendere omaggio al prof. Scaduto e dargli prova della mia ammirazione e della mia affettuosa amicizia.

Francesco Scaduto ha il gran merito di aver fatto risorgere in Italia gli studi di diritto ecclesiastico e di aver dato ad essi un indirizzo originale, che generalmente gli studiosi seguono.

La Sicilia quindi deve essere fiera di questo suo figlio, che inoltre riassume in sé tutta la nobile tradizione siciliana per tali studi, i quali, mentre altrove erano in completa decadenza, nell'isola, in forza dei privilegi della così detta Monarchia Sicula, fiorivano con relativa libertà ed indipendenza.

E, come Siciliani furono coloro, che, andati con Vittorio Amedeo in Piemonte, ini-

ziarono la nuova politica ecclesiastica di quello Stato, come Siciliani, per la maggior parte, sono stati quelli, che hanno ispirata la politica ecclesiastica dello Stato Italiano; così siciliani è colui che la richiamò in onore, e con indirizzo tutto italiano, gli studi di Diritto ecclesiastico. Onore a lui!

Prof. P. COCCALONE
Vice della Facoltà giuridica di Catania

La regione sicula ci eleggeva a suo rappresentante al Parlamento Nazionale l'illustre prof. Scaduto, sarebbe atto succedere ed utile a lei e alla Nazione e darebbe al prof. Scaduto un attestato di stima e di simpatia da lui ben meritato per il suo nobile carattere, per l'alto intelletto e per la vasta cultura, specie nel giro canonico, come utilissima alla Camera nei dibattiti di politica ecclesiastica.

Prof. MILENA
dell'Università di Napoli

Nonostante i miei scarsi rapporti col prof. Scaduto, ho sempre avuto per lui la maggiore stima; Egli è un carattere ed è il cuore dell'Università e della Curia forasica napoletana.

AVV. ENRIMONIO SIBERTO
Deputato al Parlamento

Mi chiedete un pensiero su Francesco Scaduto e l'impressione sulla lotta che gli han mosso nel Collegio elettorale di Girgenti.

E che posso dirvi mai d'un uomo che da più di un ventennio, con scrupolosa sincerità storica, con mente acuta e profonda, con tenacia di volontà e larghezza di sapere e di dottrina va illustrando l'Università nostra? Che posso dirvi mai di questo dotto, modesto ed integro, che rimanda la tradizione siciliana di quei sommi che tanto contribuirono all'apice della gloria? — Questo soltanto posso affermarvi, con animo profondamente addolorato, che di uomini come Francesco Scaduto in Parlamento ve ne ha pochi, molto pochi... e forse per questo Chiesa è Stato rinnovato gli incestuosi amori per combattere!

Voi, forse vive dell'avvenire, col vostro plebiscito d'amore e di stima verso l'illustre Maestro, dite alto e forte agli elettori di Girgenti: e che la candidatura di Francesco Scaduto al Parlamento, non è piovuta quistione di compenso o incompensata e barbonica ambizione, ma cosa che interessa la scienza e la patria.

Prof. GARETTI
dell'Università di Palermo

In una lotta fra un candidato cattolico e un candidato, quale il prof. Scaduto, che, nella forza della sua intelligenza e del suo carattere, senta, insieme alla necessità del rispetto d'ogni professore di Stato laico, libero e sincero dal suo potere d'impeto, superiore e moderatore di tutte le attività di individui e di associazioni, anche religiose, che nel suo seno si svolgono, solo ispirato agli interessi collettivi laici del proprio popolo, non può essere dubbia la scelta per ogni italiano, che anzi veramente il proprio paese o ne voglia il progresso effettivo, indefinito nell'avvenire.

Ciò soprattutto in Italia e nel suo passato e per la posizione di fatto, che in essa ha la Chiesa. Un partito cattolico, come tale, cioè confessionale, non ha ragione di esistere ed è pericoloso nel nostro parlamento!

Prof. O. RANELLETTI
della R. Università di Pavia

So che gli scienziati del diritto hanno già pronunciato il loro giudizio sul valore etimologico dello Scaduto quale giurista.

So che non tocca a me se non accogliere quel giudizio. Io posso solamente testimoniare che lo Scaduto è un eccellente marito e padre, un gran galantuomo e un amico prezioso nella sua libertà e nella sua bontà di cuore.

Prof. MICHELANGELO SCIPA dell'Università di Napoli

Faccio i miei auguri all'amico prof. Scaduto per la sua candidatura a deputato. Nicola Gallo fu non solo uomo politico, ma anche pensatore robusto che sobrio tale costante all'idealismo della grande tradizione italiana, e scrisse libri pregevolissimi di estetica e di filosofia.

Che al posto di lui succeda in un modo come lo Scaduto, il quale al solo carattere unisce tanta dottrina e serietà scientifiche, non può non sembrare cosa altamente desiderabile.

BASSERNO CROCE

Qualche anno fa, in un certo paese di questo mondo, si parlava con molta insistenza di una mia possibile candidatura politica... Taluno che certo aveva interesse perché non mi fossi mosso, venne da me, e, con profonda sorpresa, non priva di una certa ingenuità, mi disse: « come, tu, un uomo di scienza, pensi alla vita politica? »

Queste parole, se io non m'incanto del tutto, hanno un particolare significato, poiché esse riassumono un periodo storico. Oggi, secondo un'opinione corrente, che forse è la opinione corrente, si è formato, spesso e quando, spesso rivistando tra i più bassi interessi, il tipo di uno scienziato lontano dalla vita pratica, vivente tra lo sviluppo e il lavoro, il tipo di uno scienziato che non sa vivere fuori dei chiosati universitari, fuori delle celle accademiche.

Ed ecco l'antiteza, e pur nuova antiteza, che si lancia contro di noi: « uomo di teoria; ma la vita pratica non fa per voi. »

È dunque, tempo che la vana ingenuità sia sfatata; è, dunque tempo che tutti si persuadano che non è possibile fare le cose senza pensarle; è dunque tempo che tutti si persuadano che ogni questione pratica si riatteca ad una questione di scienza; la quale, se viene insufficiente nella pratica, non è scienza; perché ogni cosa, in quanto è una idea, forza, tende ad attuarsi; e chi non agisce, come pensa, pensa incompiutamente; e la pianta, che non dà frutto, è ammalata. Questo che ho detto per ogni scienza, sia detta, a maggior ragione, per le scienze giuridiche e sociali, che hanno come fine immediato la riforma delle leggi.

Francesco Scaduto, che tanto eccelle nella assidua ed efficace produzione scientifica, nel' luminosa milizia dell'insegnamento e nella coraggiosa e vigile propaganda, sarà, dunque, nel parlamento nostro, l'uomo adatto nel posto adatto.

B. ALBERA dell'Università di Milano

In sono ben lieto di associarmi, a nome del Circolo di Cultura, all'augurio sincero che voi tributavate all'autorevole Maestro, con l'augurio che Egli riposti un tempo nella classe dei fedeli, che ingombrano la vita sociale del nostro mezzogiorno, e che vorrebbero ora persino avvalorare un principio, in antinomia dello spirito democratico dei tempi, l'ecletticità di quel mandato politico, che la gente

libera sa e deve conferire solo ai più dotti, ai più esperti.

Se i meriti indiscussi e indiscutibili dello scienziato non basta che le doti del carattere allamantano, non pigliavole a fuoli appartamenti ed impiccagioni, debbono avere una giusta sollecitazione dagli elettori di Girgenti, non ci aspettiamo che Francesco Scaduto diventi il degno rappresentante di questo collegio, che in tal modo provvederà non solo al suo dovere, alla sua dignità, ma al dovere e alla dignità di tutto il mezzogiorno.

Il Consiglio direttivo

Prof. FRANCESCO GARIBOLDI

FRANCESCO SCADUTO

Lodoti-fima per quanto opportunamente cultore degli studi di Diritto Ecclesiastico, non avrei certo osato esprimere un giudizio sull'opera del Maestro, il professore Francesco Scaduto: ma poiché ne ho cortesemente richiesta e così brevemente riassunte le mie impressioni in proposito.

Ripensando alla posizione in cui si trovava trent'anni or sono la scienza del Diritto Ecclesiastico in Italia, sorge spontanea nella mente l'immagine di un ambiente oscuro, in cui ristagna una torbida atmosfera sotto un cielo grigio e pesante. In questo ambiente non un segno di vitalità. Le splendide discussioni parlamentari del 1871 a cui avevano pur preso parte illustri giuristi, si erano quasi esclusivamente mantenute nel campo politico. E anche le ripetute censure e proteste pontificie, appunto perché avviate allo scopo politico, non erano riuscite a vivificare l'ambiente giuridico, nel quale peraltro si affacciava e si affacciava, anzi si levava.

Quasi come un raggio di sole che riesce a penetrare in un ambiente così oscuro, non meno il volare oscura; scoppiò il cielo sereno, e rinvoltava l'aria malsana, apparvero le prime pubblicazioni di Francesco Scaduto; iniziate con un lavoro storico-giuridico Chiesa e Stato negli scritti politici dalla fine della lotta per le investiture sino alla morte di Lodovico il Bavaro; prosieggiò di quella benedica influenza, che dovevano avere gli studi storici sull'ulteriore svolgimento del Diritto Ecclesiastico.

E dopo di allora la miriade ed infinita opuscoli dello Scaduto non si arresta né si rallenta.

Non solo egli attende a lavori poderosi più volte ripubblicati e ritratti che riassumono mirabilmente tutta la materia o una gran parte di essa come il libro sulle « Guarentigie Pontificie » ed il « Diritto Ecclesiastico vigente in Italia »; ma si può senza tema di contestazione affermare che non si è sollevata, nella dottrina e nella pratica, dalla cattedra o nelle aule giudicatrici alcuna questione di Diritto Ecclesiastico, senza che lo Scaduto abbia pronunciato il suo giudizio autorevole ed ascoltato, trovando quindi soluzioni, e portando sempre il sussidio delle acute osservazioni e diligentissime investigazioni.

Per il che non tanto è giustificato quanto doveroso il sentimento di sincera ammirazione e di profondo riconoscimento che hanno per lui, non solo, i suoi discepoli e quelli che sulle sue tracce coltivano gli studi di Diritto Ecclesiastico, ma tutti i giuristi ed i cittadini colti, giacché la rinnovazione di tali studi non soltanto è stata e sarà fonte viva di progresso per la scienza, ma fu e sarà fonte di vero progresso sociale, essendo altrettanto arduo quanto importante il

definire e regolare i rapporti multiformi e delicatissimi, allo studio dei quali con tanto piano e merita forma ha dedicata l'opera sua il professor Francesco Scaduto.

Avv. GIOVANNI CASTELLARI Prof. di Diritto Ecclesiastico alla Università di Torino

La elezione del prof. Scaduto sarebbe stata d'onore per qualsiasi collegio italiano, in cui la libera scelta, che qui è anche la scelta del migliore, una delle poche garanzie di libertà, se poi potremo sempre contare, non abbia veduto il paese all'infondamento della rappresentanza politica per diritto quasi ereditario. Ma per il Collegio di Girgenti, parte viva di quella Sicilia, che alla fantasia di noi settentrionali appar sempre la terra incognita, oppoendo la sua triplice punta ai fieri isoli, il ogni colore, la vittoria sul nome di Scaduto. Il indigne assertore dei diritti dello Stato di fronte alla chiesa polifaceta, avrà un significato particolare. In modo più o meno coperto la chiesa polifaceta e il governo scettico si son dati la mano per firmare un po' d'appartato la volontà degli elettori e credono forse che il girgentino sia paese di più facile conquista. Io mi auguro che la risposta del girgentino sia tale da disilludere e l'una e l'altro, sia tale cioè da far pensare alla chiesa se non le convenga tornare alla sua vera missione che non è di parte, ma di al governo e non gli contrari con diversa condotta avere di formare dei cittadini e non dei sudditi.

Prof. BEXIR

Prof. della R. Università di Pavia Presidente dell'Associazione per la protezione radicale passiva

Aderendo di buon grado al suo cortese invito, mando un mio pensiero intanto allo illustre collega ed amico prof. Francesco Scaduto, ma mi guardo bene dal seguirlo.

Insieme plaudo al nobile pensiero, che gli studenti dell'Ateneo napoletano hanno avuto di manifestare al valoroso maestro i sentimenti della loro devozione ed ammirazione. Francesco Scaduto è uno di quegli uomini eletti, nei quali l'elevatezza della mente tollantemente armonizza con la nobiltà dello animo.

In Lui ammiriamo non solo il giurista eminente, ma l'uomo dal carattere adamantino. L'uomini affitti con essi insieme alla scienza e alla patria.

Prof. ZECO-ROSA

dell'Università di Catania

Io penso che se gli elettori di Girgenti per dare ancora una prova d'affetto alla memoria di colui che con tanta forza di ingegno li rappresentava in parlamento, mostrassero, in una prima elezione, di sconoscere con quanta energia il alta mente ed il valore del collega prof. Scaduto avrebbe potuto continuare l'opera ora che essi sono chiamati di nuovo ad indicare la persona più degna dell'alto mandato, non vorranno far fatto e al suddetti non onorando con una votazione plebiscitaria, il prof. Scaduto, che è gloria loro e della patria tutta. Io penso, cioè, che gli elettori di Girgenti, liberi ormai dalle ragioni che li legavano alla memoria del compianto on. Gallo, dovrebbero portare compatti, nelle prossime elezioni, il loro voto sul nome del prof. Scaduto, garanzia di libertà, di progresso, di saggio vivere civile.

Tutta la sapienza di quel popolo dello estremo lembo d'Italia coronare è costò le mie previsioni.

Prof. ALESSANDRO DEI RAI dell'Università di Napoli

riano della politica amministrativa; questo però ha strette attinenze con la vita interna dello Stato, mentre che nell'indirizzo del Governo rispetto alle due venute materie la dignità e gli interessi nazionali si trovano di fronte a tutte le altre nozioni civili ed al nostro avvenire nella storia del mondo.

Nel campo della dottrina riesce facile affermare da una parte che, dovendosi rispettare il diritto di libertà di coscienza, dove ammettersi che gli Italiani in maggioranza cattolici possono esigere che il Papa, come Capo Supremo, riconosca della loro comunità abbia la sua autonomia e la sua completa libertà nell'esercizio della sua autorità spirituale, e che lo Stato non debba nemmare l'indipendenza di lui per tutto quello che concerne il Governo della Chiesa.

Ma dall'altra parte si sostiene a tutta ragione che, per tutelare con completa autonomia i diritti e gli interessi della comunità politica, incombente alla sovranità di un governo nello Stato, non s'adatta quella forma data dai credenti cattolici, alla legge interna, e di mantenere salda principalmente il rispetto del Diritto pubblico territoriale. Che conseguentemente il Governo deve imporre ogni atto da parte della Chiesa e delle Autorità ecclesiastiche, che possa ledere gli interessi della comunità politica, e reprimere qualunque attentato ai diritti intangibili dello Stato.

Questo programma, altrettanto proclamato dal partito liberale, è stato accettato in massima dai tutti i Governi, che si sono succeduti (salvo solo qualche eccezione), ed ha formato il programma pubblico dei ministri, dopo che essi erano installati a Roma. Ma hanno! Oltre questo programma pubblico i Governi hanno avuto sempre il loro programma occulto, che non è altro questo: «mantenimento della forma una quella base che risulta dalla politica dei fatti. Questo programma occulto ha potuto e può essere ispirato dai segreti amori del Vaticano, ed ha cagionato e cagiona talvolta le imprevisti condiscendenze; talvolta lo ingiustificato abbandono delle prerogative dello Stato; talvolta il sacrificio bisvincolabile degli interessi nazionali. Esso è ispirato in verità dalla segreta tendenza di spianare la via alla conciliazione dello Stato con la Chiesa, ed acquistare diverse forme e più o meno largo sviluppo secondo le tendenze delle persone che costituiscono il Governo, le quali lo giustificano credendo che la caghezzaria conciliazione possa migliorare la condizione morale e politica del nostro paese.

Non è il caso di dimostrarci ora come essi si ingannano quando immaginano che il Vaticano, il quale ha mantenuto e mantiene sempre saldamente le sue tradizioni, possa mettere da parte la sua pretesa di primizia assoluta, se non conciliandosi con l'Italia per essere a poco a poco riacquistata una qualche influenza rispetto al Governo Nazionale.

Quello che è certo, e che non può sfuggire alla fine percezione del buon senso degli Italiani illuminati, si è che nel nostro paese, per quello che concerne la politica ecclesiastica, vi sono stati e vi sono due programmi, un programma pubblico ed un programma occulto, e due politiche, la politica dei principi affermati dalla tribuna e quella dei fatti. E nessuno è il caso di dimostrarlo per non andare a lungo. Ognuno sa come certo leggi risultano dalla coscienza giuridica del popolo, altre per reprimere gli abusi dei vescovi del culto, altre per determinare meglio i diritti dello Stato rispetto alle autorità ecclesiastiche,

sono state messe da parte per la forza del programma occulto, il peggiore di cui coloro i quali hanno le dipendenze degli affari pubblici, per sanzionare il loro potere hanno favorito e favorito una favola che sono chiamati alle urne molti dei devoti del Vaticano, e così uno mano mano cresceva nel Parlamento colpevole che sono preclari a favorire lo sviluppo del programma occulto, lo che costituirà senza dubbio un grande pericolo per le nostre istituzioni, se non si contrappone ad essi uomini di carattere leale, e forti e capaci per combattere energicamente lo sviluppo del programma occulto, richiamando il Governo a mantenere saldamente i principi che furono posti a base della nostra costituzione politica.

E' per tali motivi di sommo interesse nazionale che a me pare che l'elezione del prof. Francesco Scaduto sarebbe cosa opportuna da parte del partito liberale italiano. Egli con la sua riconosciuta lealtà, e con la sua speciale competenza in tutte le materie che concernono i rapporti fra lo Stato e la Chiesa, e sostenendo energicamente il diritto assoluto della completa indipendenza e della assoluta separazione delle due potestà. Egli sarebbe un forte ed illuminato lottatore per controllare la politica dei fatti e l'attuazione del programma occulto.

Ed esprimendo tale mia opinione tengo a dichiarare che essa non è ispirata da considerazioni personali. Dico bensì che siccome ritengo come grave pericolo per le nostre istituzioni il trionfo del programma occulto, così ritengo indispensabile in questa come in ogni altra circostanza che il partito liberale italiano si senta solidariamente interessato a favorire con tutte le sue forze i candidati adatti a mantenere l'indirizzo della politica ecclesiastica nell'orbita con tanta maestria tracciata da Cavour a fine di prevenire che la patria nostra cada nel caso assuefatta all'Autorità del Vaticano.

FASCIALI FIORI
Prof. dell'Università di Napoli

Ammiratore sincero e non del tutto incompetente dell'opera mirabilmente e costantemente feconda che già rese ed ogni di più rende il prof. Scaduto, cotanto benemerito della scienza che Egli da più che tre lustri con tanto onore professa nell'università di Napoli, *segna di certo come alla patria nostra ed al collegio di Napoli*, che ha la meritata ventura di averlo suo candidato politico, che *l'opera elettorale vada al cadavere scienziato*, all'intero e modesto cittadino la dovuta giustizia, *ci facciano nel chiaro nome di lei il sacramento principio della lealtà del carattere e dell'onestà e della sincerità politica* aborrisce dai compromessi e dalle tergiversazioni della vigilia e dell'indomani delle elezioni.

Ingrazito sinceramente costoso comitato per avermi posto occasione con gradito di attestare anche pubblicamente l'alta stima che ebbe sempre per l'illustre professore Francesco Scaduto, ed invio insieme con l'augurio di completa vittoria i miei più affettuosi saluti.

INV. AVV. CARLO MARINZI
prof. nella U. Università di Roma

Mentre il diritto canonico cominciava negli atenei italiani a cadere nell'oblio sia come scienza e sia come legislazione Francesco Scaduto ebbe il merito di operare la rievocazione, riunendola fra forti nel moderno diritto ecclesiastico, e stabilendola le vecchie alle nuove esigenze della nuova vita del diritto, applicando i nuovi metodi scientifici

e una fine logica giuridica, ispirandosi nella soluzione delle controversie a principi eminentemente liberali. Al forte sostegno di Francesco Scaduto l'augurio di svolgersi presto negli ambienti della Camera.

Prof. VARRAL PAPALE
dell'Università di Catania

Quando Francesco Scaduto iniziò il suo insegnamento nel nostro Ateneo, il corso di diritto canonico era un'indifferenza.

Egli ebbe il vanto di creare una scuola seria, ove si potessero studiare ed intendere le leggi vigenti in Italia, in materia ecclesiastica.

C'è la scuola e volle che fosse frequentata. Con l'esempio insegnò ai giovani come si doveva adempiere al proprio dovere, e con logico rigore il serbo senza misericordia.

Questo rigore, in un'epoca di generale decadimento, lo fe tenere per lungo tempo come un eroe.

Ma, quando i giovani, vinta la impressione di paura, cominciarono ad avvicinarsi ed a conoscerlo bene, ebbero ad accorgersi che l'eroe in fondo aveva animo mite ed affettuoso.

Più ad allora l'avevamo stimato; conoscendolo bene da vicino, provaro ad amarlo; oggi gli decretiamo il trionfo.

In quest'ora di apoteosi gli giungo gradito il saluto devoto ed affettuoso del più modesto dei suoi discepoli.

AVV. FEDERICO COLOMBO

Nelle gravi ed ardue questioni di politica ecclesiastica, il prof. Scaduto apparterrà alla Camera dei deputati il contributo prezioso della sua dottrina nella storia e nel giro canonico.

Prof. GIACOMO MACI
dell'Università di Palermo

Di un uomo che, come Francesco Scaduto, ha da gran tempo toccato i più alti vertici nel campo della scienza e in quello dell'insegnamento, io non potrei dir cosa che altri prima di me non sappia, né fare lodi che egli con l'opera sua non vada. Tuttavia sono lieto, anche per la lunga affettuosa consuetudine che a lui mi lega, di potere oggi affermare, a eco sincera del vostro nobile cortese interessamento, che la distinzione della vita e la feconda attività scientifica fanno del nome di Francesco Scaduto tutto un programma.

Ci si è come si vede, anche troppo per poter sinceramente ammirare alla politica italiana di cercar tra i suoi miti.

Cordiali saluti

DEV. AVV. PROF. ALBERTINO GERACINO
(Ripetuto al Parlamento)

DESIDERIO V. E., prof. nell'Univ. di Roma, ex Ministro della P. E., Ministro di Grazia e Giustizia, nell'*Archivio di Diritto pubblico*.

« In quest'opera dell'ingenuo professore di Napoli si può con certezza asserire che resterà fra le più forti e vitali di questo periodo storico della nostra letteratura giuridica. Quantunque l'autore la intitolò modestamente « *Manuale* », è un vero e proprio trattato sistematico; e per la mirabile elaborazione, per la padronanza assoluta della materia, per l'equilibrio e la sapiente economia del sistema, per la severità scientifica della trattazione, può davvero citarsi come modello del genere. Fiere sostenitori dei diritti dell'autorità laica, forse, qua e là, le opinioni dell'autore possono sembrare eccessive: ma la parte che questo giudizio può os-

PER IL PROF. FRANCESCO SCADUTO

soro troppo personale cioè non è mai effetto di volgare petzialità, ma, direi, quasi, di temperamento e di educazione scientifica. Del resto a me, modesto ma convinto difensore della necessità di accentuare l'indirizzo positivo del nostro diritto pubblico, pareva rilevare fra i pregi più salienti di quest'opera la prova così solida e così magnificamente superata, onde lo Scaduto è riuscito a dirci, si può dire senza precedenti, un completo sistema del diritto positivo ecclesiastico italiano. Perciò il bene che egli ha fatto è semplice: nel valore intrinseco dell'opera, e per l'esempio facendo che ha dato.

Plaudo ben di cuore alla testimonianza di affetto e di solida simpatia che si rende al prof. Francesco Scaduto.

Ubbi già maestro, onesto e gentile ad un tempo, nei miei giovani anni. Ho avuto, in lui, l'onore di averlo per collega. E sempre in me si è avvalorata l'impressione profonda della fermezza e della nobiltà del suo carattere.

Ecco un uomo, ho sempre pensato di lui, dal quale si può disimparare, ma del quale si può dire, in anticipazione, che scieglierà sempre le posizioni nette e che non assocerà il suo nome a non piogherà il suo suffragio alle svariate forme del compromesso e dell'equivoce.

Di questi si può, oggi, dire altrettanto?

Prof. IGNA PERRARA
dell'Università di Napoli

Francesco Scaduto è non soltanto storico erudito, professore insigne e sapiente maestro di dottri scolari; ma altresì uomo che dall'analisi dei fatti e dalle leggi ricovrò i convincimenti politici.

Insomma, studio, la grazia di Marullo da Padova e di fra Paolo Sarpi. Egli s'è venuto pervenendo ogni più che nelle condizioni presenti ormai secolari del pensiero e nella calabra esagerazione di doveri e diritti, è indispensabile la piena indipendenza e sovrannità dello Stato.

A ciò tende e la politica del Governi e l'aspirazione liberale in tutti i paesi anche non cattolici; e gli Stati Uniti dell'America sono guida della vecchia Europa su questa via di progresso civile. In quanto risulta a me, amico e sincero amico suo, Francesco Scaduto non è per niente contrario alla libertà di coscienza, e alla pratica dei culti, e, tanto meno, alla libertà religiosa. Egli ha combattuto e esaltato le eminenze e ipocresie umane e le disastrose incombustenze delle chiese tutte, di qualsiasi origine e natura siano. Su ciò, credo, siamo tutti d'accordo con lui.

Pio CARLO FALLETTI
dell'Università di Bologna

Il prof. Francesco Scaduto è tale valore di prim'ordine nel campo intellettuale e morale, che qualunque collegio politico dovrebbe sentirsi onorato d'aver rappresentato che lui alla Camera.

Diritta ha la mente, acuto l'ingegno, va riflettendo la coltura per la quale è uno dei sommi nelle sue materie; inconfondibile ha il senso della rettitudine e dell'integrità personale.

AVV. SALVIO VINCENZO

Pochi uomini miscono, come il prof. Francesco Scaduto, tanta forza di volontà e di carattere alla tempera veramente straordinaria di grande lavoratore intellettuale.

Se è vero, nel campo della scienza, che l'ingegno anche brillante è forte, senza la

persistente tenacia del volere è come paglia dalla subita e fugace vampa, che la costanza, anche più invincibile ma disgiunta dall'ingegno è come un mucchio di legna cui manchi la fiamma alimentare, o che soltanto dall'unione della volontà e dell'ingegno deriva il fuoco vitale e durevole, è tanto più vero, nel campo della vita pubblica, che solo congiungendo all'ingegno la pazienza, la preparazione del lavoro ma solida e fidente tenacia di propositi, si può riuscire politicamente un forza feconda ed efficace.

Ora, sono appunto queste mirabili qualità contenute in una bella armonia di carattere dalla fibra isolana, che fanno di Francesco Scaduto, non solo uno studioso, un ricercatore e in genere un lavoratore di primo ordine, ma che imprimono ad ogni atto della sua vita e sopra tutto alla sua concezione della nostra attività politica, l'energia profonda, suggestione e conquistata di tutto ciò che è evolutivamente e tenacemente voluto.

Se a ciò si aggiunge la franchezza, anche un po' rude talvolta, del siciliano ardente, avvivata pur sempre da un gran soffio di simpatia tutta personale, si ha l'ottima immagine del carattere epico dell'uomo che tante erano potenze ha già impresso nel campo del diritto ecclesiastico e tante altre poi imprimere, con vera sincerità così rara e pur così preziosa, a traverso le lotte di partito nel campo della sua attività politica rivolta a vantaggio di un paese, cui occorrono sempre più energie schiette e forti, e specialmente a vantaggio della sua bella ma non sempre fortunata regione.

prof. LEON FERRARA
dell'Università di Napoli

ERNESTO SERRA

Sono dolente di non avere potuto rispondere prima d'ora al suo invito cortese, il quale giunse mentre io era assente. E mi affretto a dirle, non appena posso e con la speranza di giungere ancora in tempo, che mi cristo assai volentieri alle testimonianze di ammirazione, che Ella ed i suoi compagni hanno in animo di rendere al loro maestro Francesco Scaduto.

Egli ne è ben degno, ed i suoi discepoli facendogli onore, danno prova di saper ispirare a quello, che è il più bello e promettente frai sentimenti degli anni giovanili, l'ammirazione reverente verso di chi ha speso il suo tempo nel crescere il patrimonio scientifico del proprio paese.

Venticinque anni addietro non c'è chi lo ignorasse gli studi di diritto ecclesiastico si trovavano fra noi in un profondo stato di decadenza.

Nelle università mancava interamente o quasi con grave discapito del nostro buon nome d'altri tempi; mentre, d'altro lato, la vita e la pratica andavano avanti prive di lumi e di indirizzo. E se oggi tutto ciò è in buona parte mutato, il merito principale ne va indubbiamente a Francesco Scaduto; che con opera assidua e paziente, ha saputo ravvivare questa disciplina.

Che egli possa ancora per lunghi anni continuare a dedicarsi a quegli studi, nei quali è diventato maestro; è questo l'augurio più sentito, che, insieme ai discepoli di lui, è lieto di manifestargli il suo vecchio amico.

F. BRAMBILLOSI
dell'Università di Bologna

Plaudo alla generosa iniziativa degli studenti napoletani di pubblicare un numero unico in onore di Francesco Scaduto, onore e vanto della Sicilia, che gli diede i natali, e dell'Ateneo napoletano che lo tiene tra i suoi più grandi maestri.

Altri parleranno con più competenza del valore altissimo dello scrittore e delle qualità rare del Maestro; io che ebbi la fortuna, come libero docente nell'università di Napoli, di apprezzare le grandi virtù dell'uomo, le sue aspirazioni patriottiche, i suoi grandi ideali, la libertà intellettuale e politica, assicuro al mio paese che rischia a sfruttare tutte le qualità olettive di quell'uomo insegna per i più alti interessi generali della Nazione.

Prof. LUIGI RAYO
dell'Università di Roma

Nel nostro mezzogiorno, più che altrove, per lunga e mai interrotta abitudine, gli uomini politici non si formano, ma s'improvvisano.

Qual novità, dunque, nel collegio di Girgenti la candidatura di un uomo che si chiama Francesco Scaduto, affacciato alla cinesca delle alleanze intellettuali? Ma questa candidatura è, sopra tutto, civil segno di nuovi e più robusti ideali, che nell'anima del popolo italiano sembrano rinasce, quasi a fargli la nobilitazione di mediocri giorni e di mediocri uomini.

Prof. MICHELE BIANELLI
della R. Università di Napoli

Io penso che il prof. Francesco Scaduto sia un uomo di forte ingegno e di larga coltura; e che nella scienza, alla quale si è dedicato con tanto amore, ha il merito di averne, nei primi, dato un indirizzo moderno, risolvendo, con profondità di vedute, i gravi problemi che si presentano, di fronte ad una più alta e complessa concezione dello Stato ed in seguito alle nuove relazioni tra lo Stato e la Chiesa.

Prof. GABRIELE NAPOLANO
dell'Università di Pisa

L'On. prof. BIANELLI è da alcuni giorni ammalato, non può quindi manifestare se sua la espressione del suo desiderio per la scelta della commissione clericomoderata di Girgenti.

Al prof. Francesco Scaduto il suo augurio, con ossequio.

Suo devoto,
FRANCESCO VECCHI

CARI GIOVANI,

Tardi mi è giunta la vostra lettera, e però non posso dirvi altro che questo: plaudo vivamente al pensiero che vi ha mossi ad onorare uno dei più illustri maestri, il prof. Francesco Scaduto. In quest'ora in cui egli con coscienza e con lede invoca il suffragio degli elettori di un collegio della generosa Sua Isola natale, è bello, è confortante avere intorno a sé il fervido entusiasmo della gioventù, dei cari discepoli.

Voi, primi quindi ed estimatori dei vostri insegnamenti, affrettate oggi, che Francesco Scaduto, eletto successore il pensiero come onora il loro e la cattedra, pochi pochi, come lui possono veramente salutarsi Maestri d'una disciplina che s'insegna; ed egli ha una ha saputo elevare al organismo scientifico, fortificandola con le altre bran-

che delle scienze giuridiche. Non solo i suoi sicuri affidamenti sarebbero la *tespa* del carattere e la rettilineità dell'animo suo. Nella speranza del trionfo dei nostri voti comuni, vi stringo con affetto la mano

Vostro
AVV. GIOVANNI AMBILINO
Prof. dell'Università di Napoli

Ciò che io penso sul prof. Francesco Scaduto si può esprimere con brevi parole, perché l'evidenza è per sua natura sintetica.

A lui prima e più che a qualunque altro è dovuto il merito di aver rimesso in onore lo studio di un ramo importantissimo del nostro diritto pubblico, il diritto ecclesiastico, che dopo un periodo fecondo di legislazione, era stato dai seculisti della scienza e della politica relegato con strana leggerezza tra le cose morte, degne tutt'al più della curiosità dello storico. E fu la sua opera ben dura e faticosa, portata innanzi tra l'indifferenza, e forse la diffidenza dei molti, con un ardore inestinguibile che trave il proprio alimento dalle profonde convinzioni dello scienziato e del cittadino.

Poiché si trattava di difendere il concetto che la celebre formula di Cavour nelle relazioni fra la chiesa e lo Stato, non rappresentava affatto, come troppo erroneamente si ambì ritenere a lungo, un principio giuridico di separazione dalle due potestà. Si trattava di dimostrare con una poderosa logica scientifiche, che nel diritto ecclesiastico italiano si mandano ancora troppi problemi gravissimi per la patria, e che per conseguenza, di fianco all'attività secolare ed indipendente della chiesa, bisogna porre la vigilanza prudente e serena dello Stato.

E lo Scaduto, mero di una virtù di lavoro per la quale non verrà mai sotto l'ammirazione, riuscì a porre insieme un primo corpo di diritto ecclesiastico italiano, quel suo famoso libro, da lui troppo modestamente chiamato manuale, che fu e rimane la fonte inesauribile e limpida a cui attingono tutti gli studiosi.

Questa poderosa pubblicazione rappresenta la spinta iniziale e decisiva ai nostri studi, fioriti testo fra noi. Se lo Scaduto non avesse tratto dalla sua forte giovinezza l'energia necessaria ad aprire il nuovo solco, forse oggi l'Italia non vanterebbe nel dominio della scienza un altro campo così fecondamente arato.

Ora, proprio in questi giorni, è inutile il dissimularlo, alcuni problemi del nostro diritto pubblico ecclesiastico risorgono, e a poco a poco s'impongono all'attenzione di tutti, come già altre volte. E contemporaneamente una pericolosa agitazione politico-religiosa travaglia una nazione, e non troppo unita da vincoli di affinità morale ed intellettuale, perché il centroscopolo della lotta non sia profondamente sentito anche qui.

In questo momento veramente tipico per la patria italiana, tutta l'opera posata di Francesco Scaduto ci rende sicuri di noi stessi e ci permette di affrontare con serena coscienza e con spirito di equità, ogni più grave questione. La preparazione scientifica che gli dobbiamo è così rigorosa e sicura, che costituisce una garanzia per tutti, ed oggi egli avrebbe certo in Parlamento il rappresentante più autorevole di una tendenza politica, non unitaria di deoquale o di facili accomodamenti; ma resparsata a forti convinzioni e ad onesti principii.

M. Monaco
dell'Università di Genova

Il nostro illustre professore Francesco Scaduto è vanta dell'Ateneo napoletano e della scienza giuridica.

Il Collegio di Girgenti, non volendola alla Camera, sarebbe creduto all'accusa che noi altri del Mezzogiorno non sappiamo apprezzare i nostri Migliori.

Prof. DIEGO PISAPIA
dell'Università di Napoli

Con piacere ricevò un invito di concorrere, per quanto io so a poco, al pubblico convegno di ammirazione verso il distinto Prof. Francesco Scaduto, ora principalmente che il suo nome è designato a rappresentare il paese nella camera elettiva, dove certamente potrà essere contributo di sapere e di alta dignità di vita.

E ben noto che la nostra letteratura giuridica non ha esempio uguale a quello che, da un quarto di secolo senza interruzione alcuna, ci offre l'attività scientifica di lui. Basterebbe citare le opere pubblicate fin dal 1850 o a quel tempo, nei conditti fra lo Stato e la Chiesa, poi Divorzio ed il Cristianesimo, sulla Legge delle Guarentigie l'ontificio ed altro, per comprendere i forti studi, che gli servono di preparazione a penetrare ampiamente il campo giuridico fino nei punti meno esplorati dalle menti più colte ed illuminate.

Lo Scaduto ha arricchito la letteratura giuridico-ecclesiastica di un'opera fondamentale che sarebbe mancata, se con la costanza, che gli è propria, non si fosse accinto a coordinare le notizie con le nuove leggi pubblicate in Italia dopo la unificazione politica senza trascurare i più minuti ordinamenti dei diversi Stati della penisola e prima e dopo la dominazione napoletana in confronto al diritto canonico e pontificio. E gli solo, in un trattato veramente sistematico, ridusse questa parte della legislazione con la relativa giurisprudenza ad un rigore di principi, quale si accoscrive ad un ramo così importante di diritto pubblico interno e senza dar vita organica di una materia così vasta e sottoposta, che abbraccia lo spirituale ed il temporale; il diritto civile ed il penale, l'amministrativo, il costituzionale ed il finanziario, creando quasi una nuova disciplina con una forza operosa veramente eccezionale.

Prezioso ciò, ora principalmente che con maggiore intensità ed ardore, nei corpi legislativi di Europa serve il lavoro, intorno ai più alti problemi di diritto pubblico e privato, giova sperare che non sia dimenticato un uomo, che con la costanza dei suoi studi, assiduità dell'opera e fermezza di propositi può efficacemente concorrere alla elaborazione di nuove leggi per il nuovo assetto economico e sociale. La sua educazione scientifica, che dalla scuola degli Studi Superiori di Firenze passò a perfezionarsi nei centri principali di Germania e d'Inghilterra, non potrà certamente ricevere estraneo alle riforme legislative, dirette principalmente alla espansione industriale e commerciale. Non bisogna illudersi se ogni sono migliorate le condizioni sociali e politiche del popolo italiano, d'altra parte occorre che sullo esempio delle nazioni più progredite in civiltà, come l'Inghilterra, Francia e Germania, non manchi fra noi i più vigorosi impulsi al graduale sviluppo della vita civile ed economica svolgendosi ai bisogni attuali ed adeguatamente l'azione del governo.

A concludere insomma, la padronanza assoluta dell'insieme professorale nelle materie

giuridico-sociali che formano oggetto dei suoi studi la tempera ben salda ed equilibrata del suo carattere, informata a semplicità di modi, ed esimia lontanà di animo, sono già una promessa sicura del grande amore con cui eseguirà l'alto mandato di concorrere per quanto è in lui all'incremento delle patrie istituzioni.

Con questi voti unisco la mia voce al pubblico attestato di ammirazione al degno Uomo, che la tanto amore alla scienza ed all'Ateneo napoletano.

CLAUDIO SANSEVERINO
(scrittore di Concazione)

CARDINI.

Nella lotta contro l'incantamento, lo liberale condusse Agriantina, affermandosi nel nome illustre del prof. Scaduto, segnano una nuova tappa nella via delle radiose conquiste della civiltà.

Platernamente.

GIOVANNI DE GIANI
Consule generale a Orta Ferra - di Calabria

La Cultura, rivista di scienze, lettere ed arti, diretta da R. Bossini. Anno III, vol. 5°, Numero 13, 1° agosto 1884, pag. 516-517.

FRANCESCO SCADUTO, *Guarentigia Diritto e relazioni fra Stato e Chiesa (Legge 13 maggio 1871), Storia, Disposizione, Critica, Documenti*. Torino, Loescher, 1884 - 8°, pag. 505.

L'autore di questo libro è libero docente di Storia del Diritto e di Diritto Ecclesiastico nell'Università di Roma; e ha fatto prova nello scritto di grande serietà e di molta e precisa dottrina. Credo, di possa senza esitazione affermare, che sia il miglior libro scritto finora su questo soggetto in Italia. Come lo Scaduto stesso avverte, egli espone e discute la legge del 13 maggio 1871 « dal punto di vista storico: non considerando quale avrebbe potuto essere politicamente, non quale avrebbe potuto essere in teoria ». Però questa considerazione teorica, se mi è permesso dirlo, della legge è preceduta dall'esplicito del concetto generale di essa; e questa che abbraccia la maggior parte del libro, non è anche, mi pare, la migliore. Non si poteva dar prova di maggior diligenza nello studio di tutti i documenti utili a tornare questo concetto, e di più esatto acume nell'interpretarlo.

ROGGERO BOSCHI
ex ministro della P. L.

Dei meriti del prof. Scaduto, come giurista, sono dal tutto inaspettate a giudicare. Ma posso dire di non aver conosciuto una fibra di lavoratore e di studioso tenace ed entusiasta come la sua.

La sua grande cultura in tutti i rami del sapere, la sua serietà di giudizio su uomini e cose, ma carattere integro ed equilibrato, una lontanà di animo infinta, che può apprezzare intera solo chi lo conosce nell'intimità, poiché la sua autorità, per chi ha con lui rapporti fuggaci, potrebbe trarre in inganno, mi hanno fatto spesso rivolgergli la domanda come mai nessuno collegio della sua Sicilia potesse a mandarlo in Parlamento, rimasto purtroppo, nella sua gran maggioranza, il campo aperto agli inetti, agli ambiziosi, agli affaristi.

Ora che la candidatura del prof. Scaduto nel collegio di Girgenti è ufficialmente posta, io fo voti sinceri per la sua riuscita, che sarà un onore per i suoi concettrari e servirà ad elevare la dignità del Parlamento.

Prof. ALESSANDRO MONTECASSO
dell'Università di Napoli

Pisa 29, 6, 07

Io non posso certamente compiacermi troppo che Francesco Scaduto venga distratto dai suoi studi per darsi alla politica. Ma se i meriti scientifici sono una buona raccomandazione presso gli elettori di Girgenti, questi possono essere sicuri di fare un'ottima scelta in Francesco Scaduto, il quale a universalmente riconosciuto uno dei più sapienti e autorevoli scrittori e professori del Diritto Ecclesiastico.

Senatore Prof. C. G. Gama

AI GIOVANI,

Se mala fortuna di eventi e prudenza a vita di governanti hanno voluto che l'Italia non raccogliesse in un'utile ambito il suo volo, fuori dello spazio di un imperialismo coloniale e di ogni immediata integrazione dei naturali confini proposti da Dante, l'Italia perderebbe ogni ragione di essere il giorno in cui essa venisse meno alla sua missione di banditrice di un alto pensiero laico e civile, quale esso germina dallo spirito delle grandi lotte storiche per l'affrancamento della potestà civile da quella ecclesiastica, dell'anima pagana della rinascenza scientifica, del sentimento agitatore di tutta la rivoluzione nazionale.

Le piccole anime che, pavide della fatale progressiva evoluzione del proletariato, ed ignoranti o dimentiche delle naturali qualità di equilibrio degli Italiani, non vedono l'ora di proclamare ufficialmente l'Italia emblema anacella della santa romana chiesa, devono trovare nei giovani l'invincibile baluardo di coraggio e di forza contro la loro tolle e timida pusillanimità.

Ai giovani è dato, assai meglio che ad altri, di dire oggi, nell'ora triste e vile che volge per la politica italiana, una parola di vita e di verità.

E venga questa parola dalla gioventù universitaria, primavere perenne del pensiero umano, e dica come la terra Italia non deve limitare la sua missione all'osservanza di una libertà formale creatrice nei rapporti con la Chiesa della vita e vacua massima cavomiana, ma che essa deve attore la maggiore somma di giustizia economica nei rapporti sociali, la più nobile espressione di bellezza nel campo dell'attività, e dare alla libertà politica ed alla morale civile un contenuto positivo ed ideale attinto alle somme scaturigini della scienza, rivide di luce, contro le tenebre di un potere spirituale che s'insidia nelle coscienze per ucciderne ogni palpito di amore e condurle a ritroso del tempo nel cammino della civiltà.

Nell'ora grigia che passa, ora di meschitose paure e di piccoli infingimenti, di cedole apostasie e di ambigui opportunitismi, l'Italia ha soprattutto bisogno di uomini che sentano come la fede ai principi; il coraggio delle proprie opinioni; la coerenza; la lealtà; il carattere costituito; la prima e la più apprezzabile ostentazione politica.

Coloro che sul nome di Francesco Scaduto hanno raccolto e raccoglieranno ancora i loro suffragi, hanno inteso le voci ed i bisogni dell'ora presente, ed hanno onorato nello sciamano austero e nell'uomo dal carattere adamantino e dall'animo intemerato la più alta virtù umana e la più desiderabile oggi nella morta gora della odierna vita politica italiana.

Possa venire dalla classica terra sacra alle gloriose memorie dell'antica Agrigento, dalla terra ove un giorno Empedocle poeta, filosofo, misico e legislatore cantò l'origine e l'unità di tutte le cose nell'Amore, possa

venire di là, con la vittoria di Francesco Scaduto nella lotta imminente, il primo segno confortatore a bene sperare dei nuovi destini d'Italia, possa questo segno venire dall'Isola forte fiera e gentile: dalla Isola del sole e di Eros, Sicilia antica madre.

PAOLO TOSCI

Francesco Scaduto è non soltanto uno squisito depositario ed un acuto critico del nostro diritto ecclesiastico e delle vicende storiche di istituti giuridici, ma un valoroso combattente così nei campi della discussione scientifica, come in quelli dell'azione pratica. Negli uni e negli altri apporta, oltre che il contributo di un ingegno penetrante e di una dottrina ampia e profonda, quello di una serietà e perseveranza impareggiabili: così l'analisi e la discussione, per quanto minute e precise, sono sempre irradiate dall'entusiasmo, che è prova insieme di simpatia naturale e di opposita intelligente diretta alle più nobili conquiste ideali.

ANGELO GRAMANI
dell'Università di Napoli

In Girgenti, la splendida e negletta città di Sicilia, gli elettori son chiamati alle urne. La parte sana, cosciente di questo Collegio, che ebbe tra i suoi rappresentanti il Frisida, propone spontaneamente un uomo che è vanto della scienza, lustro del Diritto, onore dell'Italia: Francesco Scaduto.

Ma contro quest'uomo, che ha il torto di essere un sapiente, un liberale ed un onesto, che si eleva dalle misere lotte dei partiti alle feconde battaglie delle idee, s'ergerono minacciosi i tre grandi nemici della Sicilia, le tre cancrene malfelice: il prete, l'analfabeta e l'affarista.

Uniti nella selvaggia lotta con tutti i mezzi e con tutte le spinte, essi, per un istante, ebbero un trionfo che ricordò la fine della loro forza, della loro dominazione.

A Francesco Scaduto, in quest'ora grigia della politica d'Italia, in cui un Governo uso ad ogni civile rinuncia, dimenticando le origini della Monarchia di Savoia, si fa manifesto protettore dei nemici della civiltà e della patria, gli studenti liberali dell'Università di Roma, riaffermando nell'insigne Maestro la loro immutabile stima e profonda venerazione, mandano il caldo augurio che non nome glorioso di Lui la democrazia Siciliana vinca una grande battaglia di civile progresso, volente montò all'incoscienza dei Governanti, simbolo del luminoso risveglio della coscienza morale e politica dell'Isola Bella.

Per gli studenti liberali dell'Univ. di Roma:
GIOVANNI MORENA MORENA

Il prof. Francesco Scaduto che dalla vastità della sua coltura e dalla saldezza della sua coscienza civile ha tratto la concezione scientifica e tutta moderna del Diritto Ecclesiastico avvisato sui rapporti col Diritto Pubblico Italiano e con le esigenze del pensiero laico sul dogmatismo della Chiesa di Roma, è una figura completa di scienziato e di cittadino, sempre identica a sé stessa.

In tempi di facili transazioni, di comodi adattamenti, quando i Girilli sono in onore, come ai tempi in cui gli studiava il Giusti, rendiamo omaggio al Galattono che non menti mai a se stesso né ad altri; semplice e forte, scrittore, insegnante, cittadino, tosse sempre il suo carattere e però s'impose alla stima di tutti.

Son molto rari ai di che vogliono uomini affatti, ma la loro virtù è tale, e così pronta e la folla fastidiosamente ingonfiante l'am-

biente politico, che i pochi, o sovrasti dal sentimento di cittadini esultanti, debbono prevalere.

GIUSEPPE SEMOLA
dell'Università di Napoli

MAIORANA A., prof. ord. di Dir. Costituz. nell'Univ. di Catania, (ex Ministro della Finanza e del Tesoro), nell'Archivio giuridico, « Non era impresa agevole il ridurre ad unità una materia così vasta e difforme, le cui fonti vogliono essere ricercate in tutti i rami del diritto (sia civile, sia penale, sia costituzionale, amministrativo e finanziario). Né soltanto il contenuto è difforme in sé, ma lo è, maggiormente, nei criteri con cui vuole essere considerato. Le difficoltà che da ciò provengono sono gravissime; ma lo Scaduto le ha sapute superare, aiutato da quella che è una qualità primordiale: la diligenza spinta allo scrupolo. Di questa egli ha dato prova continua nella ricostruzione di un diritto positivo vigente, le cui fonti, spesso contraddittorie, vogliono essere affannosamente ricercate nelle leggi, nei regolamenti, nelle circolari e nelle istruzioni ministeriali, nelle sentenze e nelle decisioni dei magistrati, del Consiglio di Stato e dalla Corte dei Conti negli atti parlamentari, nelle disposizioni dottrinali. »

Nella presente accidia, miserevole e vergognosa, che pervale la vita politica d'Italia, valgono altre nobili e sincere energie, e rafforzano quei gruppi di combattenti, che ancora tengono viva la parola della civiltà affermatasi e dei liberi propositi in quell'ala del parlamento nazionale, che non ha più la coscienza delle sue gloriose tradizioni e a dove essi, questo piccolo gruppo di valorosi, sembrano ad i sognatori.

Ma quel Francesco Scaduto, l'uomo che ha la sua nobilita, franca e ardita parola, forte della sua autorità fatta di sapienza e della fede nella libertà del pensiero e della scienza, si unisce a quella degli altri nella lotta contro l'abdicazione servile che il governo fa continuamente agli ideali della nostra coscienza nazionale, resa ancora più obbrobrata dalle dichiarazioni giuristiche, false e oscarde del Ministero del Re.

Augurio e saluto che io sono orgoglioso inviarvi a nome di questo consolato. Cordia Fratres, che ha saputo combattere e esaurire l'imprescindibile necessità dell'impone ad ognuno di assumere la propria responsabilità nella lotta tra l'avvenire fecondo e diluitato e la decadenza civile e morale d'Italia.

UMBERTO SAPPORI
Giurista Direttore « Cordia Fratres »
di Merino

Se la qualità sono pregiate in ragione della loro rarità, il prof. Scaduto ha quella che nell'agone politico è più pregiata di ogni altra, cioè la indipendenza e fermezza del carattere, conseguenza in lui ad un tempo di temperamento e di maturità di pensiero. Dal che nel mentre è certo che il prof. Scaduto ignora e in ogni combinazione che la vita politica presenta, terrà ferma, tenacemente, la via prescelta, e nel suo programma politico non prometterà cose che poi non farà, è pure certo che questa tenacia a seguire una via soltanto, venga a stare a servizio di una scelta fatta con senso e con i lumi che vengono forniti dallo studio del diritto pubblico e della storia.

E mi pare pare certo che il prof. Scaduto, di nuovo e per la inole e per i suoi studi, vedrà in ogni questione politica gli aspetti più elevati moralmente, più davevo-

li e più generali, in modo che il collegio potrà gloriarsi di essere rappresentato da lui. Non concedendo il suo competitor, non posso fare paragoni di valore relativo.

Ma conosco da molti anni il prof. Scaduto e quindi, più che a lui, al collegio di Girgenti debbo augurare la sua rinuncia nella nuova lista elettorale.

Mi creda, egregio signore, Dev. suo.

M. PASTALONI
dell'Università di Roma

Conosco Francesco Scaduto da molti anni e fin da quando sedeva nei banchi della scuola del nostro Istituto di studi superiori. Previdi la rapida carriera che avrebbe fatta, e l'alta estimazione in che l'avrebbero tenuto Italiani e stranieri. Il suo primo lavoro presentato come tesi di laurea fu pubblicato a titolo di essere nei nostri annali, e, per anni e anni che sono passati, si cita per sempre da storici e da giuristi. Egli fu uno dei primi a rilevare il diritto canonico dall'avvicinamento in che era caduto e sopra dargli nuova vita, alla luce dei nuovi stati e delle nuove idee. Se gli elettori fossero i professori universitari, non dubito che Egli sarebbe eletto a primo scrittino e a grande maggioranza, se non ad unanimità di voti. E se gli elettori di Girgenti gli negassero il loro suffragio, farebbero forte non a lui, ma senza dubbio alcuno, a se medesimi.

FELICE TOCCO
Prof. all'Istituto di Studi Superiori di Firenze

Al vostro cortese invito di scrivere di Francesco Scaduto, gli studenti della Università di Camerino meglio non saprebbero rispondere che ricordando quanto di lui, nel corso di alcune sue opere (Archivio Giurid. XLVII), scriveva il prof. Francesco Ruffini di Torino: « Non so se la nostra letteratura giuridica degli ultimi anni presenti altro esempio di un'attività scientifica così feconda come quella del prof. Scaduto dell'Università di Napoli.

« Ormai sono più i suoi lavori che non gli anni da che egli ha pubblicato le sue prime cose. E si noti che non si tratta solo di scritture di poco momento, ma quasi sempre di lavori di lunga lena e di mole, condotti su materiali inesplorati e non mai usufruirti, con largo apparato di studi preparatori e di elaborazione critica ».

A questa eccellenza del suo pensiero, all'attività instancata del lavoratore, aggiungerò l'adamantina purezza del carattere e la bontà grande del cuore; e allora comprenderete quanto in quest'ora grigia della patria italiana, moventesi senza entusiasmi e senza fede, si debba augurare e votare che il nome di Francesco Scaduto esca vittorioso dalle urne e nel parlamento porti quella parola alta, serena, nobilissima che da tanti anni onora la cattedra italiana.

per la « Corda Pretora » di Camerino il Console ZENO MATOLESI

Al Sig. FRANCESCO SCADUTO - Londra
Bologna 14 luglio 1884

Caro Signore,
Ho aspettato lungamente a ringraziarla del suo libro e le « Guarentigie pontificie e sulle relazioni fra Stato e Chiesa », perché volevo averne compito attentamente la lettura. Ora insieme coi miei ringraziamenti accetti anche le più schiette congratulazioni per un lavoro così serio e pieno di osservazioni sagaci. La qual fede deve avere tanto più valore dalla mia bocca, quanto che io mi trovo, con Ella, su, volgono a diverse vie. Nella situazione presente della opinione religiosa in Europa, io spero solo dalla

libertà un ravvicinamento di fede e di sentimento del divino. Ad ogni modo mi creda colla maggiore riconoscenza ed osservanza suo obbligatissimo

MARCO MISURETTI
(ex presidente del Consiglio dei Ministri)

Francesco Scaduto non è solo uno scienziato di cultura rara, un conoscitore imparagonabile delle dottrine sui rapporti fra lo Stato e la Chiesa, ma è un carattere fermo, fiero, come la sua isola. Come questa ha dato sempre esempio di indomita costanza, non cedendo a intrighi, insidie e raggiunti; così è il nostro Scaduto. Insigni ce ne sono tanti, caratteri pochi. Ecco perché io sopra tutto l'ammiro.

Prof. CARLO FAIDA
rectore dell'Università di Napoli
Napocerta, 4-5-1885

Non posso a meno di manifestarle la mia ammirazione per la grande e così fruttifera operosità che Ella dimostra, « splendido modello a pagizie dominanti ». Ha voluto anche nell'ultimo fascicolo del « Centralblatt fuer Rechtswissenschaft » le lusinghiere parole dello Schulte a suo riguardo?

GIUSEPPE FERRARO
giù prof. nelle Univ. di Macerata e di Torino
Ministro della E. L., Consigliere di Stato

Nuova Antologia, 1 gennaio 1894, pagg. 191-93 (terza serie, vol. XLIX). Recensione sulla 2ª ediz del *Dir. Eccl. vigente in Italia*.

Pag. 192: « Non è il caso di tornare qui a parlare in generale di un'opera, la quale ormai fa parte della biblioteca di ogni cultore della scienza del diritto ecclesiastico non solo, ma di ogni amministratore e di ogni giurista, che voglia sciamamente occuparsi di cose attinenti a tale diritto. Resterà sempre merito dello Scaduto di avere per prima raccolto e sistemato e ridotto a compendio tutto l'immezzo materiale sparso, che prima era in parte ignoto, in parte inutile per la difficoltà della cognizione. Può ora essere facile criticare l'opera del chiaro professore e trovare qua e là qualche menda, qualche vizio nell'ordine e più specialmente qualche deficienza nella giuridica valutazione di questo o di quella istituzione e può e deve anzi sperarsi che a questa tengano dietro altre opere, che ne migliorino la elaborazione e ne approfondiscano le teorie. Ma sarebbe una vera ingratitudine il rilevare troppo severamente i difetti di un lavoro, senza del quale difficilmente gli studi del Diritto Ecclesiastico in Italia avrebbero potuto riprendere quella vita, di cui già si scorgevano i segni, e che non ci auguriamo debba presto svilupparsi sana e rigogliosa. Avverrà forse che molti, saliti sulle vigere spalle dello Scaduto, si cerneranno di essere più alti di lui; ma non dimentichino come hanno potuto salire. »

Ben volentieri aderisco ad esprimere pubblicamente la mia stima e la mia sincera ammirazione per Francesco Scaduto. Credo di non dir cosa inesatta affermando che egli non è soltanto uno dei giuristi eminenti del nostro paese, ma altresì una delle anime più nobili, virtuose e saggie che io mi conosca. Gli studi del diritto ecclesiastico ebbero per opera sua un notevolissimo incremento, ed egli ha saputo richiamare un largo e vero interesse intorno alle questioni che andranno presentandosi nel nostro diritto pubblico, a cagione della speciale legislazione italiana nei rapporti esistenti fra lo Stato e la Chiesa. Nella Università, dove egli così autorevolmente impartisce con vero zelo il suo insegnamento, i giovani hanno finito per comprendere e per apprezzare la somma importanza scien-

tifica e pratica della materia ed il valore non comune del Maestro.

A primo aspetto Francesco Scaduto pare un uomo di temperamento quasi rude, ma conoscendolo e trattandolo da vicino, si osserva subito che quella rudezza non è che semplicità, aliena da ogni posa e menziona di qualsiasi ostentazione. La sua rettilineità e la sua estrema bontà ne fanno un amico prezioso, amato e rispettato da quanti hanno rapporti con lui.

Avv. Prof. A. MARCHESE
Deputato al Parlamento

Perugia 10 giugno 1880
CHIARESSIMO PROFESSORE,

Dalla tipografia fiorentina ricevo il suo *Manuale di Diritto Ecclesiastico* leggendovi sopra: « omaggio dell'autore ». Ed io mi affretto a scrivere all'autore, per dirgli che di fronte a tanta gentilezza mi sento profondamente modificato e cerco intanto le parole adeguate ad esprimergli la gratitudine che gli profuro. Ormai il debito da parte mia è salito a tanta altezza da disperare di saldarlo.

Ringrerebbe possedere un'attirita veramente meravigliosa come la sua, per poter attestarle in modo più concreto la riconoscenza. E s'è dopo quindi limitarsi a dire: grazie, grazie.

L'ammirazione per l'energia così feconda e produttiva del suo forte e coltissimo ingegno è tanto maggiore, in quanto, scorrendo il volume, ho visto subito che che studi di frutto e con quale diligenza e coscienza è elaborato. Ella ha reso agli studi ed alla pratica un servizio eminente; da tutti si sentiva il bisogno di un manuale di questo genere, ma da nessuno, fuorché da lei, si poteva aspettarsi fornito di un carattere e di un valore veramente scientifici. Sono a un complimento.

Gia Ella non lo ha bisogno, ed è troppo superiore ai complimenti miei. Ma la mia stima risonda a qualche anno fa, e mi rammento di averla fin dall'apparir del suo primo lavoro manifestata al mio e, credo, suo amico Giuliano Donati, col quale prognosticavo che il Diritto Ecclesiastico avrebbe alla fine in Italia trovato in lei un cultore eminente. Il prognostico non poteva avverarsi meglio.

Gradisco dunque, egregio professore, l'attestato di una vecchia e sempre cresciuta stima e mi abbia per.

Devotissimo obb.
GIULIO VANNI
prof. nell'Università di Perugia
e poi in quelle di Bologna e di Roma

Perugia, 8 giugno 1880

La sua opera « Diritto ecclesiastico vigente in Italia » è solenne. Nella dottrina sua nessuno ormai più ha bisogno di aver prove. Ma ella ora dimostra un'ottima attitudine a coordinarla sistematicamente nei bisogni della pratica e della scuola e parla tutta in bella evidenza.

LUCIO REAVA
giù prof. nelle Univ. di Pavia e di Bologna
Ministro della Pubblica Istruzione

Stato e Chiesa nelle Due Sicilie, recensiono di Scaduto prof. di Dir. Eccl. nella Università di Bonn.

Conclude così (pagg. 65-66): « Da questa esposizione si rileva la ricchezza della materia.

Documenti estratti dalle fonti ecc. per ogni singolo punto aumentano il pregio dell'opera. L'esposizione storica va sempre dagli originali sino alla nuova figura giuridica del

regno d'Italia; per diverse materie, specie per quelle contenute nel capo II, dove eccelle la censura della stampa, offre una raccolta di materiali addirittura completissimi. La figura particolare delle condizioni civili-ecclesiastiche consisteva in un molteplice amalgama fra Stato e Chiesa, per cui l'attività ecclesiastica era per lo più legata da norme civili e guidata dalle medesime, come vivevamo lo Stato nelle sue disposizioni si lasciava guidare da punti di vista ecclesiastici (religiosi). Lo Scaduto presenta il materiale completo per conoscere in dettaglio questa condizione di cose dall'indiviso assolo sino alla più recente figura. Inoltre, non è offerto solo ciò che ordinariamente s'intende sotto la frase di rapporti fra Stato e Chiesa; ma ci è anche lo sviluppo storico ed il materiale per una storia dei domini del diritto ecclesiastico nel regno delle Due Sicilie, in quanto il medesimo Diritto riposa sopra disposizioni o laiche o concordate fra l'autorità civile e l'ecclesiastica o riconosciute ed esercitate dalla prima. Lo scopo propostosi nei numerosi precedenti lavori, di far conoscere, specialmente ai suoi compatrioti, la storia del Diritto ecclesiastico, lo Scaduto, nella presente opera su quella parte d'Italia che in tal riguardo aveva la posizione più caratteristica, lo ha raggiunto in modo da esaurire la materia. La grande estensione della medesima e l'ordine di essa bene scelto allo scopo di rappresentarla da tutti i lati, rendono il libro non completamente accessibile per chi non sia giurista e specialmente per chi non abbia una coltura concionistica; ma per costoro offre un materiale sommamente pregevole. Anche lo storico o il politico approfitteranno di questa opera con gran vantaggio, siccome una delle ottime per la storia di quei paesi, massimamente in quanto a questa parte, che addirittura esauriscono l'argomento.

Di Francesco Scaduto, non ho, più autorizzato, e già suo discepolo, rivolti i miei ritti scientifici. Mi piace soltanto notare che più d'ogni altro pregio lo rende di stima degnessimo o d'affetto la bontà così squisita dell'animo suo, che intender non la può, chi non la prova. Pure mi scorderò potersi ben dire di lui che se il mondo sapesse il suo cuore e i suoi libri, e più lo loderebbe.

Prof. N. CIVIELLO
dell'Università di Catania

Sono legato al Prof. Scaduto da affettuosa amicizia personale ed ho grande stima di lui come giurista e soprattutto come uomo di forte carattere e per di più nettamente antifortale.

NAPOLI
Prof. nell'Università di Napoli, Deputato

Firenze 11 settembre 1886.

FRANCESCO GIUNGERE,

La ringrazio del dono che mi ha fatto e del piacere che mi ha procurato mandandomi il suo « Stato e Chiesa nelle Due Sicilie » e l'è bello edificio, fabbricato su fondamenta robuste, costrutto col sano scopo della verità storica e razionale. Mezzo secolo fa si studiò un poco quella materia, investigato d'un mio caro amico, Salvatore Vico. Quel mio Salvatore Vico era regalista di puro sangue: egli insieme con Domenico Spina mi spinse agli studi storici, e morì vecchio tra le braccia degli autonomisti di Palermo.

Io ho letto d'un fiato il suo libro, mi in

questa corsa sfinita ho perduto altro dubbio che uno, nel luogo dove Ella dice del vassallaggio delle Due Sicilie verso il Papa. D'entrando non credo mica; anzi su questo punto ho battuto già qualche parola nella mia Storia dei Mussulmani.

Mi rallegro con lei, col peso ed anche col compenso, che poi non è peccato ad amarlo senza pregiudizio della mamma: e mi rallegro, e ora ch'è non sapeva prima, che sia stato affidato a Lei l'incarico del Diritto Ecclesiastico nella Università palermitana. A questa cattedra nessuno avrebbe potuto salire con più santioso corredo di studi.

Devotissimo.
MIGUELE AMARI
(senza del Popolo e del Marchese di Salita
prof. nell'Università delle Scienze di Firenze,
Direttore della Facoltà di Scienze, ecc.)

Per l'amicizia Prof. SCADUTO.

In questo parlo la d'incertezza politica rendere omaggio al carattere inflessibile e dogmatico dall'alta e vasta coltura è dovere di popolo progredito e sensiente.

Prof. LEONARDO DIANCHI
Deputato, ex ministro della P. Istruzione

Gli studenti Universitari molisani protestando contro l'indegno asservimento dell'attuale governo all'autorità del Vaticano, riaffermando la necessità di combattere senza tregua contro questo tirido accordo, inteso a perpetrare la peggiore forma di dominio e a trattenere e respingere lo sviluppo delle forze vive della democrazia.

augurando vittoria, plaudono al programma italianamente e laicamente battagliero di Francesco Scaduto.

Per gli studenti dell'Università di Modena
CORREMI

Gli studenti dell'Università di Palermo, aderendo pienamente al voto espresso dei « *Giornali di Napoli* », dall' « *Ateneo* » dell'Università del Regno, associandosi alla grande manifestazione di simpatia che da ogni parte d'Italia vien fatta al prof. Scaduto:

Augurano all'illustre figlio della Sicilia, che il suo nome possa vittoriosamente uscire dalle urne, poiché la sua elezione sarà il trionfo di un'idea, la vittoria di un programma onesto e liberale.

(Seguono le firme)

Degli studi nei quali lo Scaduto ha conquistato tanta fama io non ho alcuna perizia. Quello che posso dire, quello di che posso essere scrupolo vantermi, è che conosco lo Scaduto fin da quando egli era studente della Facoltà letteraria fiorentina, che l'ho sempre amato e pregiato, che ho sempre ricambiata cordialmente la sua cordiale amicizia, e che mi sono veramente compiuto d'ogni suo passo nella carriera didattica e nella fama.

Prof. F. D'ORNO (Scrittore)

Plaudo alla iniziativa del comitato, e fo voto per la riuscita.

Il collegio di Girgenti, che ha sì nobili tradizioni, trovava nell'illustre professore Scaduto, modesto e estroso quanto valoroso maestro, il vero continuatore dell'Opera politica, amministrativa e scientifica del sommo uomo di cui venne immatamente privato.

Con perfetta stima.

Dev. MARIO ONO
(Prof. all'Università di Napoli)

Questo il giornale che per andare in Marsilia riceveva, e mi scusavo, che si disponeva di ripartire, per mancanza di spazio, la questione attuale.
L'indignità avvenuta del loro esilio, e l'ammontare della manifestazione del pubblico, tenuto nel collegio di Girgenti, fanno sì che si stiano per la sua elezione, giacché le sue condizioni, le sue doti e gli studi, sono stati italiani. L'anno scorso, intanto è morto.

(Seguono molte sottoscrizioni di firme)

Elenco delle pubblicazioni del prof. Francesco Scaduto

1. Stato e Chiesa negli scritti politici dalla fine della lotta per le investiture sino alla morte di Ludovico di Bavaria (1122-1347). Firenze, Le Monnier 1882.
2. Il divorzio e il cristianesimo. Studio storico. Firenze, Pellas 1882.
3. Garantigia Pontificia e relazioni fra Stato e Chiesa (legge 18 maggio 1871). Storia, esposizione, giurisprudenza, critica, documenti, bibliografia. Ediz. prima, Torino, Loescher 1884; ediz. seconda, Torino, Unione tipografico-editrice, 1889.
4. Il consenso nelle nazioni, nella professione e nell'ordinazione, secondo il diritto romano, germanico, canonico. Napoli, N. Lojvine, 1886.
5. Stato e Chiesa secondo fra Paolo Sarpi e la coscienza pubblica durante l'interdetto di Venezia del 1607, con bibliografia. Firenze, Admolle, 1896.
6. Stato e Chiesa sotto Leopoldo I Granduca di Toscana (1765-90). Firenze Admolle 1885.
7. Stato e Chiesa nelle Due Sicilie dai Normanni ai giorni nostri, sec. XI-XIX. Palermo, 1887.
8. Diritto Ecclesiastico vigente in Italia. Ediz. prima Napoli, 1890-91; ediz. seconda, Torino, Bocca, 1893-94; vol. 2°.
9. Il concetto moderno del Diritto Ecclesiastico. Palermo, P. Bellone Laurici, 1889.
10. L'abolizione della facoltà di Teologia in Italia (1875), studio storico-critico. Torino, Loescher 1886.
11. Confraternite. Nel Digesto Italiano alla voce, 1888.
12. Sacerdoti. Nel Digesto Italiano alla voce, 1877.
13. Sacre Congregazioni dei Cardinali. Nel Digesto Italiano alla voce 1889.
14. Il riordinamento dell'asse ecclesiastico. « Nel Circolo Giuridico » di Palermo 1888.
15. Le adunanze dei fedeli e la nuova legge di pubblica sicurezza. Nel « Diritto e Giurisprudenza », 1890.
16. Le tasse d'ingresso nei musei e biblioteche apostoliche. Nell'Archivio di « Diritto Pubblico », 1891.
17. Congregazioni religiose. Nel « Digesto Italiano » alla voce.
18. Laudatio a proslami nella cattedra ecclesiastica delle Due Sicilie. Nel « Circolo Giuridico », 1894.
19. Universitas iurium per evizione (cod. civ. art. 824-26, 837, 839). Nel « Circolo Giuridico », 1894.
20. Ricondizione e avvicino dei padroni arretrati, buona fede. Nel « Messaggero Giuridico », 1896.
21. Patronato sopra cappella in tempo di patronato altrui. Nella « Rivista di Diritto Ecclesiastico », 1895.
22. Chiesa illegale del tempo da parte del patrono. Nell'Archivio di Diritto Pubblico, 1894.
23. Enti ecclesiastici. Nel « Digesto Italiano », alla voce, 1896.
24. Cappellanie Ecclesiastiche. Nella « Rivista di Diritto Ecclesiastico », 1896.
25. Inoppugnabilità ed inesquestrabilità del titolo patrimoniale costituito da terzi in usufrutto. Nel « Diritto e Giurisprudenza », 1896.
26. Autorizzazione agli enti ecclesiastici a stare in giudizio. Nella « Rassegna Giuridica », 1897.
27. Asportazione arbitraria di immagini sacre. Nella « Doumensia giudiziaria », 1897.

28. Concordato 1818 tra la S. Sede e il Re delle Due Sicilie articoli segreti. Nella « Rivista di Storia e Filosofia del Diritto », 1897.
29. Rappresentanza delle parrocchie vacanti e restanti dell'excoicizio. Nella « Rivista di Diritto Ecclesiastico », 1897.
30. Ricettizio, devoluzione della rendita e deroghe al Diritto comune. Nella « Rivista Giuridica », 1898.
31. Quadri e ruoli esecutivi, competenza per la rinnovazione.
32. Quadri e ruoli esecutivi notificazione delle opposizioni. Nella « Rassegna giuridica », 1898.
33. Il caso del Cardinal Ferrari — Nel « Pungolo » 20-21 maggio 1898.
34. Riconoscimento degli enti morali stranieri e personalità di diritto internazionale. Nella « Riforma sociale » 1908.
35. Cappelania-patrimonio: cumulo. Nel « Diritto e Giurisprudenza » 1898.
36. Il dolo dell'alienazione dei beni demaniali. Estratto dalla « Riforma sociale » Fasc. XII, Vol. IV, Torino, Roux, Fratelli, e comp.
37. Responsabilità del Demanio nell'alienazione dei suoi beni. Estratto dal « Foro napoletano », Anno I, n. 8. Napoli, stabilimento tipografico E. Veraldi, 1897.
38. Il segreto di ufficio. Nella « Riforma sociale » Fasc. VII, anno III, vol. V, Torino Roux Fratelli e C.
39. Ancora sulla cappelania e Titulus patrimonii » Napoli, Tip. Gazz. Diritto e giurisprudenza, 1899.
40. Comemorazione di Luigi Capuano, letta nell'Accademia Pontaniana nella tornata del 8 aprile 1899. Napoli, stab. tip. della R. Università di A. Tesitore e F. 1899.
41. Fincoi in materia di beneficenza nelle Province napoletane prima dell'attuale Regno d'Italia. Estratto dalla « Rivista di storia e filosofia del diritto » Palermo, tip. D. Puccio 1899.
42. Capacità della S. R. di acquistare — Torino, Unione tipografico-editrice, 1899.
43. Rappresentanza delle parrocchie vacanti, restanti e patrocinate dell'excoicizio. Terzo. Unione tipografico-editrice, Milano, Rema, Napoli, 1900.
44. Censite di chiese e cenestri da parte del Fondo culto. — Estratto dalla Gazzetta « Diritto e Giurisprudenza » 1900.
45. Confraternita dei Greci di Napoli: condizione giuridica odierna. Estratto dal volume per le onoranze al prof. F. Pezzè. Napoli, Società Anonima Cooperativa, 1900.
46. Affiancamento dei canoni dell'excoicizio curate in confronto del Fondo culto e del Comune, secondo la legge 24 gennaio 1864 o quella 20 gennaio 1907? Responsabilità del Fondo culto. Nella rivista « Diritto ecclesiastico », Vol. X, disp. 113-114, Roma, tip. edit. Romana, 1900.
47. Competenza speciale della Cassazione di Roma (parte in causa, interessi indiretti). Nella pubblicazione del 50° anno di insegnamento di Enrico Posner. Napoli, Tipografia Angelo Trani, 1899.
48. Competenza esclusiva della Cassazione di Roma. Nella « Giurisprudenza Italiana » 1900, parte I, sez. I, pag. 63-80.
49. Ruoli esecutivi, nullità della coazione basata sopra titolo nullo. Nella « Giurisprudenza Italiana » 1900.
50. Ruoli esecutivi: ancora notificazione delle opposizioni alla rinnovazione. Estratto dalla Gazzetta « Diritto e Giurisprudenza » 1900.
51. Per l'abolizione delle decime siciliane.

- Discorso tenuto in Palermo il 28 gennaio 1900 (manzi al cenizio delle provincie siciliane. Estratto dalla « Riforma Sociale », Fasc. V, anno XII, volume X, seconda serie, Torino, Iann, e Viareggio.
52. Recuento ad atti del consiglio contro le decime siciliane tenutosi il 28 gennaio 1900 nel teatro massimo di Palermo — Palermo, tip. D. Puccio (Calogero Sciaranno), 1900.
53. Decime siciliane: pretesa origine geronica. Estratto dalla Gazzetta « Diritto e Giurisprudenza », 1901.
54. La proprietà, ecclesiastique de droit et sa reorganisation — L'Institut de Droit de la S. V. anno VI, 1900-1901, Mars, Brocard et A. Leferre imprimeur, par. 9, Rue Saint Pierre, 1901.
55. Riordinamento della proprietà e degli enti ecclesiastici in Italia. Napoli tip. Gazz. Diritto e Giurisprudenza, 1901.
56. Precedenza dello conatratato. Estratto dalla Giurisprudenza Italiana, vol. III, parte I, sez. II, pagg. 219-32.
57. Arresti dei benefici vacanti? Ricerche. Estratto dalla Rivista La Corte di Appello del Regno Anno II, n. 2-4 Trani, V. Vecchil tipografico editore 1901.
58. Sostituzione, interposizione, officiazione potestativa, incertezza. Estratto dalla Giurisprudenza Italiana, Vol. III, 1801.
59. Decime siciliane (simus possidemdi-tributarie: trasformato in sacramentale) (Estratto dalla Gazzetta Giuridica Meridionale) Messina, tip. lit. Greco e Salvo 1901.
60. Resignatio beneficii titularis requisiti per la validità: responsabilità del Vescovo o dell'Escoicito. Napoli, tip. Gazz. Diritto e Giurisprudenza, 1901.
61. Pensionamento ed oneri: ripartizione rionale degli oneri. Estratto dalla Rivista di Diritto ecclesiastico, Vol. X, disp. 113-114, Roma tip. edit. Romana, 1901.
62. Edifici di culto; conservazione. Estratto dalla Gazzetta « Diritto e Giurisprudenza » Anno XVIII, numeri 28-34-35-29. Napoli, tip. Gazz. Diritto e Giurisprudenza, 1902.
63. Ereditarietà e prescrizione dal patronato. Estratto dalla Giurisprudenza Italiana, vol. LIV, 1902.
64. Semibrutata per l'ammissione. « Nella Riforma Sociale » 1902.
65. Adeguamento specifico degli oneri di culto ed officatura delle chiese economicamente conservate. Estratto dalla Gazzetta Diritto e Giurisprudenza, Anno XVIII, Num. 3-4, Napoli, lit. Gazz. Diritto e Giurisprudenza, 1902.
66. Alienazione dei beni dell'asse ecclesiastico; indennizzo dovuto dal Demanio responsabile. Nell' « Autologia giuridica ».
67. Affiancamento dei canoni delle soprapprese chiese ricettizie. Estratto dal Giornale « La Legge », anno XLIII, n. 4 Roma edit. Laziale, 1906.
68. Sacratario di ex ricettizio: a chi spetta il diritto di nominarlo? Estratto dalla Rivista: « La Corte di Appello tip. edit. Trocè e Salvietti 1903.
69. Regio anse no e precedenza delle confraternite nel napoletano. Torino: Unione tip. edit. Torino. Estratto dalla Giurisprudenza Italiana, 1903.
70. Fondazioni private di culto trasformate. In Rivista pratica di Dottrina e Giurisprudenza civile, commerciale, penale e amministrativa, Napoli Marghieri 1903.
71. Massa comunis capitularis ratione servitii. (Estratto del « Diritto e Giurisprudenza »). Anno XIX, N. 10-20 e seguenti,

- Napoli, tip. Gazz. Diritto e Giurisprudenza, 1903.
72. Seminario ex consorziale. Distacco del patrimonio dei benefici semplici di altra Diocesi. Estratto dalla Rivista pratica di Diritto e Giurisprudenza. Anno, I, n. 18 e 21, Napoli, Marghieri 1903.
73. Ina spogli: vigna in Sicilia, Roma e subbarbarico? In « Giurisprudenza Italiana » 1903.
74. Permanenza nella cura dei benefici di enti collegialmente curati. Nella « Corte d'Appello », 1903, n. 10-33.
75. Sottomettimento legalmente il papa. In « XX settembre numero unico », Napoli, 26 settembre 1903.
76. L'Italia e l'elezione del Papa. Nel « Pungolo » 1903, agosto numeri 222, 223, 224, 228.
77. Titulus patrimonii e sostituzioni. In « La Corte d'Appello » 1904, pagg. 194-96.
78. Competenza civile negli atti economici. In « Giurisprudenza Italiana » 1904.
79. Rottura del Concordato Francese. Nel « Giorno » 11 giugno 1904.
80. Fabricati ex conventuali concessi ai comuni ad alle provincie. Rivoluzionario. Prato tip. Giacchetti e figlio 1904, pagg. 23. Estratto dagli « Studi... in onore di V. Scialoja », vol. II.
81. Rappresentanza del capitolo cattedrale, specie in Sicilia. Estratto dalla « Rivista di Diritto e Giurisprudenza ». Anno II, n. 1904, pag. 7.
82. Esame del decreto 1858. In « L'opera pia de Quadria e le chiese di Randazzo. Studio Storico pratico di G. Salvino » Napoli, stab. tip. Luigi Piore e figlio 1905.
83. Devoluzione e rivendicazione delle soprapprese recettizie curate. Estratto dal Giornale « La Legge », anno XLIV, n. 18 1904, pagg. 1604 in « Rivista di Diritto Ecclesiastico », vol. XV, disp. 171. Roma tipografico-editrice, 1905.
84. Diffamazione commessa da cardinali in ordine a fatti estranei all'ambito dell'esercizio della potestà spirituale, ma dentro i locali pontifici. Estratto dalla « Giustizia penale ». Anno XI, 1905 (1 della B. serie) Fascicolo 2. prato tip. Giacchetti figlio e C. 1905.
85. Giuramento: fissazione del giorno su ricorso del girante. Estratto dalla Rivista « La Pretura ». A. I. n. 78). Gasta, tip. edit. Salearna 1906.
86. Conservazione degli edifici di culto: graduatoria degli obbligati cessione. Estratto dalla Rivista « Diritto e Giurisprudenza ». Anno XXI, N. 1-2, Napoli, 1905.
87. Impugnabilità delle rendite vescovili sino a lire 3,000 Nella « Giurisprudenza Italiana » 1905.
88. Conseguenze del non espediti. Nel « Giorno », 24, 26, 29 giugno, 4, 13 luglio 1905.
89. Competenza... per la decadenza dal titulus patrimonii. In « Studi Giuridici in onore di C. Fadda », Napoli, Piero 1906, vol. IV.
90. Massima della Commissione fondale napoletana. Nel « Filangieri », 1909, n. 6.
91. Cappelie ed opere pie nelle Due Sicilie. Napoli, tip. Diritto e Giurisprudenza 1906.
92. Soggetto della proprietà della massa piccola capitolar. Nella « Legge », 1907, num. 4.
93. Abrogazione delle trasformazioni delle ricettizie in Collegiate. In « Miscellanea di Archeologia, Storia e Filologia, dedicata al prof. A. Salina », Palermo, 1907.

Stab. Tip. « Diritto e Giurisprudenza »
 piazza del Tribunale, 44

*Note a margine degli interventi in materia di “convivenze” **

FLAVIA PETRONCELLI HÜBLER

1. *Premessa*

Sopiti gli aspetti “spettacolari” di una vicenda (il Disegno di Legge sui diritti e doveri delle persone stabilmente conviventi, elaborato e rimesso alle Camere dal Governo Prodi nel 2007) che ha portato gli “schieramenti” civili ed ecclesiali a forti contrapposizioni, e che ha suscitato molteplici interventi, anche autorevoli, tutti legittimi, ma alcuni senz’altro deliberatamente “impropri”, sembra opportuno disporsi con maggiore impegno a una pacata e consapevole riflessione giuridica sulle problematiche implicate in questa complessa vicenda, a uno studio volto a discernere, a monte del menzionato testo (e in relazione alle molteplici proposte di legge che ormai avanzano sulla spinta di pressioni interne e di ormai definite scelte di altri Paesi europei), attese di disciplina e soluzioni possibili nell’economia di un ordinamento che è stato concepito con la precisa volontà di tutelare i diritti fondamentali della persona e il rispetto delle formazioni sociali, nelle loro dimensioni interne e per quanto possono concorrere al progresso della società, e tra queste, con specifica e autonoma attenzione, la famiglia fondata sul matrimonio. Ciò sembra ancora più necessario e opportuno se si considera che l’elaborazione delle proposte legislative della scorsa legislatura è stata accompagnata da riflessioni di un certo numero di esperti, ma non si può ancora parlare, a buona ragione, di “consolidate dottrine”.

La gravità del tema e la determinata affermazione dell’art. 29 della Costituzione italiana portano legittimamente a interrogarsi sulla compatibilità di scelte legislative capaci di legittimare, promuovere e sostenere ulteriori tipologie di convivenza familiare, laddove il dettato costituzionale sembra

* Lo scritto è destinato agli *Studi in onore* di Michele Scudiero.

offra spazi per garantire l'unitarietà e l'esclusività di un solo "modello"¹. E, a fronte di questa domanda, con la sempre attuale affermazione di C. A. Jemolo, che la famiglia è "un'isola che il mare del diritto può lambire soltanto"², e con il monito, reso (sia pure in riferimento a una diversa tematica) da un altro autorevole studioso del diritto ecclesiastico e del diritto canonico, che "Il giurista (è il caso di dire senza ironie) è bene, forse, che attenda la sera per giudicare i fatti del giorno: perché vi rifletta per misurare lo *scarto* sempre esistente (CAMMARATA) tra problemi di legalità e problemi umani"³, sembra che, ora, i tempi segnalino l'esigenza di valutare bene il da farsi.

In questa prospettiva, molto, sul piano di fatto come su quello di diritto, spinge, in via di premessa, a osservare che, a livello sociale, nei sessanta anni che ci separano dall'avvento della Carta costituzionale, solo in parte si è provveduto a disporre in ordine al riconoscimento dei "diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio" (come richiesto dal 1° co. dell'art. 29 cost.); né, a tal fine, hanno prodotto pieni esiti gli interventi (questi sì più consistenti) rivolti ad assicurare "l'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi" (di cui al secondo comma della stessa disposizione) o le attese di tutela dei minori e di un corretto svolgimento delle relazioni tra genitori e figli (poste dall'art. 30 del testo costituzionale). Men che meno, quasi a inevitabile conseguenza, si è determinata una seria politica diretta a soddisfare il dettato dell'art. 31 cost.: "La Repubblica agevola con misure economiche e altre provvidenze la formazione della famiglia e i compiti relativi, con particolare riguardo alle famiglie numerose".

Stante questa realtà, nelle intervenute polemiche si può, allora, in primo luogo cogliere, al di là dei contingenti intenti "di lotta politica", la richiesta di dare adeguate risposte a più problemi della società, e di farlo con corrette riflessioni e distinzioni. Questa esigenza, che non mi sembra sia stata ancora soddisfatta a pieno, diventa impellente necessità se si considera che, sopite le "manifestazioni di piazza" e le concomitanti (per la verità, piuttosto generiche) iniziative di "incontri culturali", tutto sembra ora consegnato al dibattito politico (già affaticato da molteplici discordie e problemi) e ai pressanti richiami confessionali, certo legittimi, illuminanti e validi, ma capaci di indurre, in tal contesto, a pericolose strumentalizzazioni dei consensi e dei dissensi, a

¹ Cfr. GIOVANNI GIACOBBE, *Famiglia: molteplicità di modelli o unità categoriale*, in *Dir. fam.*, 2006/3, p. 219 s.

² Cfr. ARTURO CARLO JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in *Annali dell'Università di Catania*, III, 1948/49, n. 5, p. 38.

³ GUIDO SARACENI, *Introduzione allo studio del diritto ecclesiastico*, Jovene, Napoli, 1982, p. 152.

“guerre di religione” che le Chiese non vogliono e di cui la società non può certo giovarsi. In uno Stato democratico, infatti, l’analisi può servirsi delle manifestazioni sociali civilmente condotte come “campanello di allarme” per un rinnovato impegno istituzionale a tutti i livelli, ma da mettere in campo sulla base di solide considerazioni di fatto e di diritto.

2. La dimensione sociale e i diritti della persona nella Carta costituzionale

Uno studio attento ha (direi, necessariamente) come primo essenziale punto di riferimento la Costituzione italiana, dove afferma, tra i principi fondamentali, che “La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali, ove si svolge la sua personalità, e richiede l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale” (art. 2), e dove dispone, in ordine ai diritti e doveri dei cittadini nei rapporti etico-sociali, che “La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio...” (art. 29). Tali previsioni, diversamente lette dagli esperti degli estensori delle nuove proposte legislative e da quanti ne contestano l’operato, e, più volte, invocate a presidio di attese particolari, spesso dimentiche della precisa correlazione tra i “diritti” e i “doveri” disposta dal legislatore con l’art. 2 e delle giuste aspettative aperte dal riconoscimento di diritti alla famiglia fondata sul matrimonio, indubbiamente si pongono a condizione delle eventuali scelte nella materia di cui qui si discute, e vi provvedono con una attenzione e una specificità che meritano di essere ribadite, anche perché, al di là delle prese di posizione di parte, forse si è in prevalenza ragionato minimizzando la portata di ciascuno dei due dettati, con l’inevitabile esito di concludere piuttosto affrettatamente che l’art. 2 consente di dettare disposizioni a tutela degli appartenenti alle “famiglie di fatto” e che l’art. 29 non esclude altre tipologie di famiglia.

La garanzia di cui all’art. 2 co., di certo, assicura spazio a tutti gli aggregati umani mediante i quali la persona compie il suo percorso di crescita materiale e/o spirituale. Con esso, peraltro, non si è voluto solo garantire la difesa dei diritti inviolabili dell’uomo all’interno delle molteplici comunità cui la persona dà vita o con le quali viene in contatto, bensì anche disporre che tutte le aggregazioni possano concorrere al progresso della società civile, nel rispetto delle espressioni di determinazione interna a ciascuna formazione sociale e delle regole disposte dal diritto, a tutti i livelli delle fonti, per una pacifica convivenza democratica. E tale scelta, necessaria (se si ha riguardo alla natura sociale dell’essere umano), è stata posta a buona ragione a presidio della vita di una Repubblica democratica, rafforzandola con un rango (quello

costituzionale) capace di resistere a determinazioni legislative “ordinarie” di senso riduttivo. In ordine ai diritti inviolabili dell’uomo, si è prefigurato un dovere di difesa “intransigente”, che implica la necessità di riconoscere i diritti, di correlarli all’adempimento dei doveri (anche di portata sociale) e di esigere, con opportune e legittime misure di intervento il rispetto degli uni e degli altri. Verso le formazioni sociali ove si svolge la personalità umana, quindi, la Repubblica ha assunto un dovere di interesse attivo, caratterizzato dal riconoscimento di adeguati spazi di libertà, per la determinazione delle loro deliberazioni interne, e dalla possibilità di assicurare loro, nel concretarsi delle circostanze, spazi di azione nel socialmente rilevante. Compiti, tutti, da svolgere con saggio equilibrio, anche calibrando gli interventi a tutela dei diritti fondamentali e dei doveri inderogabili in considerazione delle scelte di impegno sociale che le persone manifestano con la partecipazione a ciascuna formazione sociale.

In questa economia, non è possibile escludere a priori interventi legislativi che coinvolgano la vita delle formazioni sociali, ma certo essi devono essere resi nel rispetto delle libertà personali e delle regole associative interne di cui ogni aggregazione umana è portatrice⁴, e per quanto sia consentito dai principi che regolano l’ordinamento democratico⁵ e dagli impegni da esso assunti. Questo, da un lato, spiega perché le proposte avanzate in Parlamento si affrettino a garantire la libertà della sottoscrizione di convivenze regolate dal diritto e come, a prescindere dall’eventuale introduzione di una legge che garantisca i conviventi, si assicurino già ora, individualmente, sia la difesa di diritti inviolabili della persona e la richiesta di adempimento di doveri inderogabili, sia, in virtù dell’eguaglianza disposta dall’art. 3 della Costituzione, anche una serie di diritti e provvidenze che sono espressione della pari dignità sociale dei cittadini, a prescindere da distinzioni di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. Da un altro lato, però, impone di verificare se e come una legittimazione legislativa di convivenze di tipo familiare possa dispiegarsi in armonia con l’art. 29 del dettato costituzionale, che è norma di carattere precettivo, resa con la chiara

⁴ Così come posta, l’allocuzione “formazioni sociali” è di tenore estremamente aperto; tuttavia, capace di esigere la presenza del dato della stabilità e di un momento organizzativo interno: due caratteristiche, sia pure di dimensioni e misure minimali, rilevabili nel tessuto sociale.

⁵ Cfr. PAOLO CAVANA, *La famiglia nella Costituzione italiana*, in *Dir. fam.*, 2007/2, pp. 913-14, dove si sottolinea la valutazione positiva di cui godono le formazioni sociali “in funzione dei diritti della persona”, “senza tuttavia riconoscere direttamente a queste ultime speciali forme di autonomia nei confronti della Repubblica”, per concludere che “In sostanza, ogni formazione sociale che pretenda determinati benefici o forme di sostegno da parte della comunità non può sottrarsi a una previa verifica di congruità dei suoi fini e della sua rilevanza sociale”.

volontà di assicurare corretti spazi di disciplina a una specifica formazione sociale di diritto naturale (quindi, prioritaria rispetto allo Stato e portatrice di attese proprie capaci di imporsi anche nei suoi confronti) che si dimensiona nell'ordinamento in virtù dell'espressione di un consenso pubblicamente reso: la celebrazione del matrimonio.

Se il Costituente ha elevato la famiglia fondata sul matrimonio al rango di società privilegiata nel contesto materiale e giuridico del sistema repubblicano, se l'ha riconosciuta quale istituzione necessaria (che presenta attese specifiche, diritti che devono essere "riconosciuti" da apposite previsioni giuridiche, tutelati e promossi per quanto meritano, con l'attenta cura di esprimerli e difenderli nel rispetto e "a completamento" dei diritti fondamentali e dei doveri inderogabili delle persone che integrano il nucleo familiare), è con questa realtà che ci si deve confrontare⁶.

Con riferimento a questo dettato, diventa allora, in primo luogo, necessario interrogarsi, per capire cosa imponga. Di esso non ci si può accontentare di cogliere i "silenzi", perché si rischia di tradirlo e di rendersi acquiescenti all'inevitabile fenomeno del tempo presente di trattare il matrimonio come se fosse un "orpello aggiuntivo". Certo, in buona parte, a questo si è giunti per un fatto di costume, per diffuse crescenti insofferenze verso tutto ciò che "vincola"; ma di sicuro anche perché non si è abbastanza considerato quanto il dettato costituzionale imponesse di fare "in positivo".

3. Il riconoscimento dei diritti della famiglia fondata sul matrimonio

L'affermazione che "la Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio" è senz'altro di tenore categorico, arricchito, potremmo osservare, dalla collocazione dell'incisivo dettato ad apertura del titolo relativo ai rapporti etico-sociali, quindi, a immediato seguito delle disposizioni che definiscono i diritti e i doveri della persona nella dinamica dei rapporti civili. Il testo rende una definizione essenziale della famiglia capace di vantare diritti: una società naturale fondata sul matrimonio⁷;

⁶ Su tale esigenza, la dottrina tradizionale si è sempre espressa con estrema chiarezza (v., per tutti, CESARE GRASSETTI, *Famiglia (dir. privato)*, in *Nss. D. I.*, VII, Torino, 1961, p. 48, e PIETRO RESCIGNO, *Matrimonio e famiglia*, in *Proprietà e famiglia*, Bologna, 1971, p. 51 ss.), e da qui procedono anche i più autorevoli scritti che muovono a difesa della famiglia di fatto.

⁷ Cfr., al riguardo, le pregnanti affermazioni di PIERO SCHLESINGER, *L'unità della famiglia*, in *Studi in onore di F. Santoro Passarelli*, IV, Novene, Napoli, 1972, p. 441 ss., dove si segnala come non vi sia contraddizione tra il riconoscimento della famiglia come società naturale e la scelta di fondazione sul vincolo giuridico matrimoniale.

lascia alla disciplina del legislatore ordinario quanto attiene alla costituzione del vincolo e allo svolgimento dei rapporti familiari (un compito che ciascun nomopoieta ha svolto in ogni tempo, anche con riferimento al contesto socio-culturale); specifica che “il matrimonio è ordinato sull’uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell’unità familiare” (art. 29, 2° co., cost.); fissa un preciso impegno di riconoscimento di diritti connessi a questa scelta societaria⁸ (anch’essi da formalizzare a livello di legislazione ordinaria) che, letto nella dinamica personalista e sociale della Carta, è senz’altro latore di numerose e articolate doverosità, per i componenti del nucleo familiare, per la collettività civile e per le istituzioni, ma che, necessariamente, deve anche esprimere un *quid proprium*, un *favor familiare* capace di testimoniare l’identità esclusiva della famiglia fondata sul matrimonio, la peculiarità di una struttura che contribuisce allo sviluppo della società come sua vocazione connaturata.

Il riconoscimento che il dettato costituzionale pone in capo alla Repubblica (quindi, a tutta la società democratica) riguarda la famiglia come società naturale arricchita da una specifica qualificazione giuridica: l’essere fondata sul matrimonio, e va certo inteso in senso dinamico; non ha limiti di portata temporale o spaziale; investe chiaramente una formazione sociale, costituita da persone di entrambi i sessi (cioè geneticamente predisposte alla procreazione), deliberatamente orientate al mutuo sostegno e alla realizzazione di un progetto, che accedono, a seguito di un pubblico e consapevole impegno contrattuale, a un particolare *status*, cui l’ordinamento riconnette precisi diritti e doveri, di carattere individuale e in quanto membri della comunità familiare: a una istituzione che si impone, per così dire, di autorità, sino a pretendere, merita ribadirlo, il riconoscimento costituzionale del suo esistere e della sua identità, e di conseguenza adeguate regole per la sua costituzione, per lo svolgimento dei rapporti intrafamiliari, per l’acquisizione di corretti spazi sociali⁹.

⁸ La dottrina privatistica segnala che la famiglia non ha una propria soggettività giuridica e, per questo, non gode di dirette imputazioni di diritti (C. MASSIMO BIANCA, *Diritto civile, II La Famiglia. Le Successioni*, Giuffrè, Milano, 1981, p. 10, e SALVATORE PULEO, voce *Famiglia: II*, in *Enc. Giur.*, vol. XIV, Roma, 1989, p. 9); a livello pubblicistico, però, si parla di una soggettività di diritto costituzionale (PAOLO BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1953); ma rimane evidente che gli uni guardano al dettato del diritto positivo e gli altri alla più generale attesa del sistema giuridico che, in conformità all’art. 29, impone di connettere specifiche conseguenze a interessi che in virtù del matrimonio non sono più meramente individuali (v. ANTONIO BALDASSARRE, voce *Diritti sociali*, in *Enc. Giur.*, vol. XI, Roma, 1989, pp. 20 e 21).

⁹ Questo ovviamente non esclude riconoscimenti *ex lege* di diritti individuali in capo ad altri soggetti, ma, come sottolinea GIOVANNI GIACOBBE, *Famiglia* cit., p. 1234, nell’accordarli, non si dà parificazione con i diritti dei membri della famiglia legittima neanche sotto il profilo “della *responsabilità per la procreazione*”.

Una siffatta lettura emerge con forza dai dibattiti che si sono svolti nell'Assemblea costituente al fine di rendere un testo capace di superare i riconoscimenti generici di tutela della famiglia e, senza invalidarne la naturalità, di giustificare l'attribuzione di specifici diritti, di esaltarne la vocazione sociale, di porla (potremmo dire in sintesi) in un corretto rapporto con lo Stato democratico¹⁰. Se il dibattito è affaticato dalla pressante preoccupazione espressa dai cattolici (soprattutto mediante gli interventi di Dossetti) di un necessario contestuale riconoscimento dell'indissolubilità del matrimonio che non trova il pieno consenso, concorde è la volontà di salvaguardare l'istituto familiare garantendone l'essenziale libertà e la funzionalizzazione sociale, di impedire, quindi, interventi prevaricanti e, allo stesso tempo, di consentirle di partecipare attivamente al progresso della società secondo la sua naturale vocazione.

Di conseguenza, se l'art. 29 cost. non vieta di disciplinare attese di dimensioni familiari non caratterizzate dall'impegno di stabilità pubblicamente assunto (dalla celebrazione del matrimonio), rimane evidente che ciò può avvenire nei confini dell'art. 2 della Costituzione, con riferimento a specifiche espressioni della familiarità naturale e in termini che non mortifichino la funzione sociale della famiglia legittima. Da questa realtà non si può prescindere; né si può aggirarla approvando provvedimenti giustificati da illusorie differenze, perché, se diretti a istituzionalizzare altre formazioni familiari, rischiano, comunque, di invadere lo spazio sociale che la Costituzione ha riservato alla famiglia legittima.

Prima di affrontare scelte di tutela delle persone stabilmente conviventi, per quanto questo possa dimensionarsi o essere presentato come pressante problema sociale, è giusto anche procedere una verifica di come si è dispiegato l'irrinunciabile *favor familiae*; verificare, cioè, in qual modo il diritto di famiglia (con le intervenute, ormai remote, riforme) e, a valle di questo, la giurisprudenza (chiamata a colmare alcune lacune normative) abbiano dato attuazione al dettato costituzionale, e in che misura la legislazione sociale sia stata orientata al riconoscimento dei diritti della famiglia legittima. Alla luce del sintetico inequivocabile dettato del 1° comma dell'art. 29 cost. (con le integrazioni di disciplina rese al secondo comma della stessa disposizione), e dei successivi artt. 30 e 31 (per quanto l'ultimo, a differenza dei precedenti, si configuri come norma programmatica), che costituiscono i necessari parametri per rispondere all'attesa di fondo, un preventivo riscontro è rilevante,

¹⁰ Per un riferimento specifico a questi problemi, v. GIUSEPPE DOSSETTI, *La ricerca costituente, 1945-1952*, (a cura di ALBERTO MELLONI, Il Mulino, Bologna, 1994, in particolare alle pp. 189 ss. e 259 ss.

perché una generale e autonoma scelta di attribuzione di diritti in capo a soggetti che abbiano dato vita a una realtà parafamiliare potrebbe produrre implicazioni negative di risultato, disporsi a “violenza” dei diritti dei membri delle famiglie legittime; e di questo, credo, sussistano già alcune testimonianze che, di certo, hanno avuto un ruolo nella perdita di credibilità sociale della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio. Per quanto nuove determinazioni normative possano essere ritenute (nei profili politici, sociali e giuridici) necessarie e compatibili con il sistema, dal momento che tendono ad assimilazioni con il regime della famiglia fondata sul matrimonio, credo non sia corretto (bensì, ingannevole) adottarle nella presunzione che i diritti della famiglia legittima siano “altra cosa”, cui si è già provveduto in modi e misure esaustivi (o si provvederà a suo tempo).

4. Lo sviluppo del diritto di famiglia italiano e i “potenziali tradimenti” del dettato costituzionale

Una indagine così complessa e articolata non può certo esaurirsi in queste sintetiche note; qui si possono solo segnalare alcune evidenti discrasie che suonano di monito al legislatore e che sembra invitino gli “esperti” a rivedere l’esistente, anche con rinnovati intenti di comparazione e di sintesi dei provvedimenti adottati, da rendere attenti al dato che l’art. 29 cost. chiama in causa la Repubblica (tutta) e, sul piano della disciplina delle relazioni giuridiche, non considera solo i rapporti “privatistici” cui ordinariamente si ritiene confidato il diritto di famiglia. Lo spazio di disciplina, in realtà, si dilata dal “privato” al “pubblico”, e riguarda diritti personali e sociali, con la fondamentale premessa che, se la famiglia nel sistema italiano non è considerata in sé quale soggetto portatore di diritti e obblighi, la stessa quale società naturale fondata sul matrimonio è titolare di attese e può vantare diritti che l’ordinamento è chiamato a riconoscere in capo ai suoi componenti: una forma di tutela che deve essere proporzionata alla funzione dell’istituto familiare, che si dispiega, necessariamente, “a completamento” dei diritti della persona umana e che può trovare ampie legittimazioni nel secondo comma dell’art. 3 della Costituzione.

In queste prospettive si osserva che il diritto civile italiano ha sempre perseguito l’obiettivo di regolare al meglio la vita della famiglia; e vi ha provveduto dimensionando, in ragione delle dinamiche politiche e culturali (anche e, talora, soprattutto delle attese religiose), la disciplina del matrimonio, la consistenza “parentale” del nucleo familiare, le provvidenze che riteneva necessarie (qui, a volte, con prevaricazioni sulle libertà personali)

per un suo ordinato e proficuo sviluppo, nonché le misure opportune per arginare le sue situazioni di crisi, genetiche o di percorso. Nello stesso senso si è orientata la giurisprudenza; ma, di fatto, l’uno, e di conseguenza l’altra, con una accentuata predisposizione a privilegiare le attese di vantaggio individuale e gli aspetti patrimoniali. L’intervento del sistema democratico ha reso necessarie una rinnovata disciplina delle prime e una riconsiderazione dei secondi; e a questo si è provveduto con la riforma del diritto di famiglia del 1975, ma l’ottica di fondo non è mutata adeguatamente; e ad aggravarne gli esiti ha giocato il convincimento che l’attuazione del dettato costituzionale potesse essere pressoché interamente confidata alla intervenuta riforma delle disposizioni del codice civile.

In aderenza al disposto dell’art. 29 cost., il matrimonio costituisce il momento essenziale per l’assunzione di specifici diritti e doveri, di esso si è cercato di cogliere la portata dell’impegno a costituire un *consortium totius vitae*¹¹, ma le scarse definizioni della novella codiciale non consentono di segnalare adeguatamente il rilievo della famiglia nel sistema democratico al di là del fatto (comunque, non di poco momento) che l’assunzione dell’impegno pubblico è di portata fondazionale per la costituzione di una nuova entità giuridica familiare e, di conseguenza, determinante per il conseguimento di alcuni diritti e per esigere dai membri della famiglia l’adempimento dei doveri.

La riforma del 1975, in relazione allo *status* sociale dei coniugi, che giustamente rileva ai fini dell’anagrafe civile, dispone circa la loro uguaglianza morale e giuridica, anche con garanzie di ampio impatto¹²; provvede con saggezza in relazione ai figli nati fuori dal matrimonio, cui deve essere assicurata ogni tutela giuridica e sociale “compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima” (art. 30 Cost.); ma, ovviamente, nulla può disporre in relazione all’art. 31 della Carta. Il chiaro impegno della Repubblica di agevolare “con misure economiche e altre provvidenze la formazione della famiglia e l’adempimento dei compiti relativi, con particolare riguardo alle famiglie numerose”, può trovare nel dettato del nuovo diritto di famiglia solo indispensabili premesse in ordine allo *status* giuridico delle persone destinate a godere di provvidenze che dovranno necessariamente essere decise e adottate in altre sedi.

Di seguito, la giurisprudenza avvalorata la portata di questi dettati, con

¹¹ Cfr. GINESIO MANTUANO, *Consenso matrimoniale e consortium totius vitae*, Macerata, 2006, p. 115 s.

¹² In relazione alla capacità espansiva del vincolo coniugale, che si dispiega in costanza del matrimonio e anche dopo il divorzio, cfr. SALVATORE PULEO, voce *Famiglia* cit., p. 3; FRANCESCO SANTORO PASSARELLI, *Parentela naturale famiglia e successione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, p.27 ss.; ALBERTO TRABUCCHI, *Natura legge famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, I, p. 1 ss.

soluzioni che esaltano le attese individuali e che spesso vedono soccombenti quanti (di solito, le parti più deboli) insistono nella difesa dell'unità familiare¹³; e, contemporaneamente, si sviluppa un percorso legislativo che assegna, ai limiti del possibile, nuovi diritti ai conviventi, al fine di perequare le situazioni personali. Così, in ragione di uguaglianze in certa misura avvalorate dal diritto, si producono, unitamente a valide scelte di tutela¹⁴, riconduzioni al godimento della posizione di familiare di chi non gode formalmente di tale *status* giuridico¹⁵; e, inevitabilmente, tutto ciò concorre ad alimentare la tendenza, abbastanza diffusa nell'opinione comune, di ritenere il matrimonio un inutile orpello, o addirittura un capestro.

Questi limiti non possono indurre ad affermare che il legislatore abbia tradito l'arduo compito di riformare il diritto di famiglia prerepubblicano, che presentava più contraddizioni con la volontà costituente, specie in tema di eguaglianza morale e giuridica dei coniugi e di diritti della prole. A questo ha provveduto con lodevole intento e sufficienti risultati, per quanto era nelle sue possibilità. Alla revisione, piuttosto, non si sono affiancati riflessioni e interventi capaci di tenere il passo con le attese di una società che si rendeva via via più complessa, socialmente disomogenea e indifferente (ma, spesso, insofferente) verso i principi morali e religiosi che l'avevano caratterizzata nel primo trentennio di vita democratica. Di fatto, si è molto considerato come i dettati relativi ai "diritti" potessero essere estesi ai conviventi, e meno ragio-

¹³ Cfr. FAUSTO CUOCOLO, voce *Famiglia: I*, in *Enc. Giur.*, vol. XIV, Roma, 1989, p. 4, dove segnala come la nuova normativa, "introducendo una disciplina più permissiva della separazione fra i coniugi, anticamera dello scioglimento del matrimonio secondo le disposizioni della l. n. 898/1970, non ha certamente dato un contributo alla stabilità familiare"; e in questo senso si è disposta anche la l. n. 194/1978 nel riconoscere alla donna, anche in costanza di matrimonio, una autonomia di scelta in merito all'interruzione della gravidanza.

¹⁴ V. lo sviluppo della tutela della prole naturale che, sin dal 1975, si dispiega attento nel superare le discriminazioni di questa rispetto alla prole legittima, senza pervenire a un totale azzeramento delle differenze. Non manca, tuttavia, chi ritiene che al riguardo si sia manifestata una tendenza capace di esprimere "la obiettiva *deminutio* del matrimonio in senso formale" e "la crescente rilevanza, per l'ordinamento, delle relazioni familiari non formalizzate" (ENZO ROPPO, voce *Famiglia: III*, in *Enc. Giur.*, vol. XIV, Roma, 1989, p. 2).

¹⁵ Circa l'estensione del diritto di famiglia alle convivenze che, di fatto, si strutturano con caratteristiche simili a quelle della famiglia legittima, v., in particolare, FRANCESCO DONATO BUSNELLI, *Sui criteri di determinazione della disciplina normativa della famiglia di fatto*, in *La famiglia di fatto* (Atti del Convegno di Pontremoli), Montereale, 1977, p. 133 ss., e MICHELE GIORGIANNI, *Note introduttive agli artt. 137-142*, in *Comm. rif. dir. fam. Carraro-Oppo-Trabucchi*, t. I, pt. 2^a, Milano, 1977, p. 742 ss. In ordine alla progressiva estensione di benefici e di assimilazioni del convivente al familiare a opera del legislatore, v. l'art. 1 della l. 29/7/1975, n. 405, istitutiva dei consultori familiari; l'art. 30 della l. 26/7/1975, n. 354, circa i permessi di allontanamento dal carcere per assistere familiari o conviventi; il d.p.r. 30/5/1989, n. 223, in materia di anagrafe; la l. 4/4/2001, n. 154, che detta misure contro la violenza familiare.

nato su quanto si poteva disporre a titolo di doveri inderogabili di solidarietà, naturale e sociale, per quanti davano vita a formazioni sociali finalizzate alla procreazione e al mutuo sostegno. La politica si è adattata agli eventi, con scelte eterogenee poco attente alle necessità delle famiglie e ai loro disagi.

Non è questa la sede per addentrarsi nel dettaglio, ma occorre riflettere sul rapporto tra "innovazioni" e "distorsioni" di alcuni dettati legislativi, nell'accentuarsi di un diffuso affievolimento del "senso del dovere" che incoraggia lo sviluppo di rivendicazioni individualistiche dei diritti della persona, di forme di solidarismo collettive che rendono dimentichi della doverosità individuale verso i più prossimi, di affermazioni edonistiche (oggi, efficacemente rappresentate dal motto "life is now"), sostenute dalle leggi del mercato con la complicità dei "mezzi mediatici", che tendono a oscurare le scelte di "servizio sociale". Tutto ciò, sembra, in una radicale contrapposizione delle nozioni di spazio e di tempo, capace di rendere essenziale rilevanza alle relazioni "orizzontali" a scapito dello sviluppo dei rapporti verticali di durata; quindi, anche di incoraggiare e sostenere il rifiuto delle regole e delle tradizioni.

La dinamica degli interventi legislativi di carattere sociale sembra abbia via via percepito e condiviso le "tendenze", con l'adozione di scelte capaci di risolversi in ulteriori (di fatto, abbastanza incisivi) "potenziali" tradimenti dell'istituto familiare; evenienze, certo, ora sospinte ora aggravate dalla concomitanza tra i mutamenti culturali e di costume e lo sviluppo di una attività parlamentare (sempre alla ricerca del consenso) che voleva, insieme, ora contenere ora soddisfare le attese. Così, in ragione di una non sempre ben interpretata volontà popolare, si sono introdotte discutibili "riforme". Una politica fiscale miope e seriamente sperequatrice, mentre si disponeva l'istituto della "comunione dei beni" acquisiti in costanza di matrimonio, rendeva di fatto più conveniente, per i membri delle famiglie che godevano di più redditi, procedere a scelte di "separazione", in modo da evitare "progressività" eccessivamente onerose. L'introduzione e il protrarsi dell'equo canone inducevano a sottrarre al mercato i "beni casa", proprio mentre, specie nei grandi centri urbani, cessavano le iniziative di edilizia pubblica, con l'esito di scoraggiare le legittime aspirazioni di molti giovani ad accedere al matrimonio (senza trascurare la pratica di fittizie separazioni legali, adottata da alcuni per segnalare l'esigenza di disporre di due "prime case"). Tanto, sino a oggi, se si considerano alcune recenti proposte di incoraggiare, con incentivi, "tutti" i giovani che scelgano di andare a vivere in una abitazione diversa da quella della famiglia di provenienza. Le politiche del lavoro hanno spesso dimenticato la famiglia e, poi, introducendo *ex abrupto* la "precarietà" in un contesto socio economico che non accorda credito a chi non ha un "reddito fisso", hanno sottratto al mercato dei mutui (e non soltanto a quello) fasce

di popolazione giovanile, scoraggiando l'intrapresa di scelte "coniugali" e "generative". E molto ancora si potrebbe aggiungere a segnale tangibile di una politica decisamente antifamiliare.

Le autonomie locali hanno, a loro volta, contribuito alla spirale di contraddizioni con l'adozione di provvedimenti socialmente utili ma capaci di posporre, in nome della solidarietà, le attese dei membri delle famiglie legittime¹⁶, o comunque di ridurle all'indistinto¹⁷.

Di fatto ed *ex lege*, quindi, non si è manifestata la necessaria funzione sociale calibratrice delle istituzioni, si è trascurato il ruolo delle famiglie stabilmente costituite nello sviluppo e nella promozione della società e, anche ai fini del recupero di consensi elettorali, si è prediletta l'adozione di interventi assistenziali "a pioggia". Il tutto, spesso, in contrasto con la volontà costituzionale di difendere l'identità e i diritti della famiglia fondata sul matrimonio.

Le stesse confessioni religiose non sono state in grado di contrastare tale deriva. Mentre richiamavano i propri fedeli a mantenere alta la dignità della famiglia, hanno aperto conflitti e, spesso, subito sconfitte sui fronti che avevano eretto a caposaldo delle loro battaglie (v. l'introduzione del divorzio, che ha vanificato il principio dell'indissolubilità della famiglia fondata sul matrimonio e la legge sull'aborto). Le iniziative referendarie o antireferendarie della Chiesa cattolica non hanno dato gli esiti sperati, né si può parlare di risultati in tema di bioetica. La Carta dei diritti della famiglia presentata dalla Santa Sede nel 1983, quale documento di carattere generale indirizzato a tutti i governi, riusciva a sottolineare con efficacia e rispondenza al dettato costituzionale italiano che "i diritti della persona, anche se espressi come diritti dell'individuo, hanno una fondamentale dimensione sociale, che trova nella famiglia la sua nativa e vitale espressione" e che "la società, e in particolar modo lo Stato e le organizzazioni internazionali, devono proteggere la famiglia con misure di carattere politico, economico, sociale e giuridico, miranti a consolidare l'unità e la stabilità della famiglia in modo che essa possa esercitare la sua specifica funzione", ma il discorso faceva poca presa.

¹⁶ V. gli interventi, resi in prevalenza nelle regioni e nelle province settentrionali, che hanno assicurato preferenze nelle pubbliche assunzioni alle "ragazze madri"; scelte che non credo possano trarre pieno sostegno dall'impegno (di cui all'art. 31 della Carta, di proteggere la maternità, l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo).

¹⁷ Con riferimento agli interventi delle regioni a favore dei nuclei parafamiliari, v. ROBERTA SANTORO, *Multiculturalismo, convivenze e diritto regionale*, in ANTONIO FUCILLO (a cura di), *Unioni di fatto convivenze e fattore religioso*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 21 s., e, in appendice al testo, cfr. le leggi e i regolamenti regionali in materia. L'approvando Statuto della Regione Campania, nell'intento di estendere questi orientamenti, con l'art. 9 prevede la promozione di ogni iniziativa atta a favorire "e) il riconoscimento ed il sostegno alla famiglia fondata sul matrimonio ed alle unioni familiari, orientando a tal fine le politiche sociali, economiche e finanziarie e di organizzazione dei servizi".

I ripetuti moniti della gerarchia cattolica, sempre tempestivi e vigili¹⁸, sono valsi, però, a tenere viva l'attenzione e a dare sostegno a quanti individualmente, o mediante associazioni e movimenti, si sono impegnati nella difesa dei diritti della famiglia.

5. Famiglia e situazioni parafamiliari: gli spazi per una risposta alle diverse attese

Rimane, quindi, abbastanza evidente che il dettato costituzionale è stato in certa misura disatteso, in particolare là dove chiede di agevolare "con misure economiche e altre provvidenze la formazione della famiglia e l'adempimento dei compiti relativi.

Insieme, non si può non prendere atto dell'accresciuta consistenza numerica delle famiglie di fatto; e si tratta di formazioni che presentano elementi di differenziazione: unioni naturali, con prole o senza, realizzate da soggetti che godono di "stato libero"; convivenze, con o senza figli, stabilite tra soggetti che hanno contratto (uno o entrambi) un precedente vincolo coniugale; famiglie di fatto con prole naturale propria e figli che i genitori hanno generato in precedenza, in costanza di matrimonio o a seguito di altra unione di fatto; realtà integrate da un solo genitore con prole.

Accanto a queste, si configurano formazioni per le quali, stante il dettato costituzionale, rimane difficile una definizione attinta dal sostantivo "famiglia", perché integrate da persone dello stesso sesso, anche se proprio queste premono insistentemente per ricevere una legittimazione di senso coniugale.

A fronte di questa articolata realtà, la dottrina e la giurisprudenza (pur con diversità di posizioni), da un lato, ribadiscono l'esclusività del modello di famiglia individuato dalla Costituzione italiana, dall'altro, si adoperano per segnalare e riconoscere assimilazioni tra la famiglia "naturale" di fatto e la famiglia legittima: un avvicinamento, si ritiene, della prima alla seconda (sostenuto dall'intervenuta riforma del diritto di famiglia e da altre leggi) capace di consentire (al di là di quanto spetta ai figli "anche se nati fuori del matrimonio") la riconduzione di diritti e di doveri in capo ai conviventi che integrano tale unione; là dove, forse, sarebbe più corretto ammettere che i mancati riconoscimenti e i "potenziali" tradimenti dei diritti della famiglia

¹⁸ V. la ricorrenza del tema della famiglia negli interventi della CEI e il più recente messaggio rivolto dal Pontefice Benedetto XVI ai partecipanti alla 45^a Settimana sociale, che si è svolta a Pistoia nell'ottobre 2007, dove si chiede alle istituzioni di rimuovere le emergenze sociali che impediscono ai giovani di costruire una famiglia.

fondata sul matrimonio hanno finito per omologare, di fatto, due realtà formalmente e sostanzialmente diverse, e che l'estensione di diritti e doveri ai conviventi può trarre ragione da obbligazioni personali e sociali di diritto naturale¹⁹, che l'ordinamento può riconoscere a patto di non violare l'identità della famiglia legittima. L'opinione pubblica è divisa, talora infervorata, talora sgomenta. A livello legislativo, si avanzano proposte, tutte discutibili, dal momento che tendono a sanare, con un intervento onnicomprensivo, situazioni disomogenee, anche molto differenti l'una dall'altra, e che prefigurano "formalizzazioni" delle convivenze ai limiti della legittimità costituzionale, perché capaci di istituzionalizzare ulteriori tipologie di famiglia, di cui, peraltro, rimarrebbero confidate ai potenziali interessati le opzioni di "accesso" e "di durata", senza che si dia alcuna forma di tutela per le parti più deboli²⁰. Delibere comunali, di incerto profilo giuridico, consentono il rilascio di certificazioni anagrafiche che attestano una situazione di convivenza, spendibili per il godimento di alcuni benefici. La Chiesa cattolica, che in queste vicende si è posta con voce severa ma anche autorevole, non è contraria in via di principio a che si assicurino garanzie e tutele giuridiche ai conviventi, purché questo obiettivo venga perseguito nell'ambito dei diritti individuali, senza istituire figure alternative alla famiglia fondata sul matrimonio: mette in guardia, quindi, dal rendere operante una "apertura" con un provvedimento di carattere generale omologante, cui i cattolici dovrebbero opporsi in via di principio.

Tutto, quindi, sembra muova nell'incertezza e nel disagio; e troppo rimane confidato alla discrezionalità politica che non può da sola, con le maggioranze (a tratti esigue) di cui dispone, operare una scelta risolutiva di tale portata.

Una risposta alle attese va comunque resa, in relazione alle crescenti difficoltà della famiglia legittima e in riferimento al moltiplicarsi delle convivenze, evitando (è evidente) impossibili pariteticità, ingiuste assimilazioni e preventivi dinieghi.

A meno di pensare a una riforma del dettato costituzionale (in particolare,

¹⁹ Cfr. MASSIMO DOGLIOTTI, voce *Famiglia di fatto*, in *Dig. Disc. Priv.*, vol. VIII, UTET, Torino, 1992, p. 195.

²⁰ Non è questa la sede per entrare nel "proposto" ed esprimerne valutazioni. Per questo, si rinvia alle notazioni di PAOLO CAVANA, *La famiglia nella Costituzione italiana* cit., p. 914 s., dove si segnalano con efficacia alcuni evidenti limiti dei *Di.co.*, e ai diffusi commenti della stampa nazionale circa le contraddizioni delle diverse proposte legislative (in particolare della più recente iniziativa diretta a introdurre nel codice civile, subito dopo la disciplina del matrimonio, un titolo sul "Contratto di unione solidale" (atto da stipulare alla presenza di un notaio o di un giudice di pace), dove si disciplinerebbero diritti e doveri tra le parti ed *erga omnes*, ma anche in tal caso con una evidente rilevanza pubblica della forma di convivenza contrattualmente resa.

dell'art. 29 cost.), un serio impegno parlamentare e governativo per la famiglia fondata sul matrimonio, condiviso dalle autonomie locali e dalle istituzioni che convogliano la "partecipazione" politica e sociale, va intrapreso con sollecitudine (direi in via prioritaria), anche per arginare la deriva sociale di un istituto che, al presente non può essere configurato come capace di soddisfare solo le attese religiose o di una cultura in via di superamento²¹.

Per le altre emergenze, dal momento che coesistono più fattispecie ben distinte cui si deve provvedere, occorre muovere con particolare cautela, attenti a "cosa" si va a disciplinare.

La realtà delle famiglie di fatto, per quanto presenti attese dei componenti pressoché speculari a quelle della famiglia legittima, a differenza di questa, è posta in essere da persone che non intendono (o non ritengono opportuno) accedere al matrimonio; sorge con un atto di volontà privo di qualsiasi forma che, molto probabilmente, è volere poco incline a sottoscrivere accordi che stabilizzerebbero la strutturazione (o non può manifestarsi in tal senso, per il perdurare di precedenti vincoli matrimoniali e di conseguenti vantaggi²²). Si tratta, inoltre, di formazione sociale, per la quale si è già segnalato "il delinarsi in modo sempre più corposo (di) un vero e proprio sistema di 'parentela naturale', giuridicamente rilevante, che rende ormai insostenibile l'assunto di chi guardi alla famiglia di fatto come ad un insieme di rapporti collocati in uno spazio vuoto di diritto"²³; e certo molto altro di disciplina si può sviluppare, specie in ordine ai diritti della prole, ove si pensi, ad esempio, che ai minori oltre ai genitori dovrebbero relazionarsi anche i nonni "naturali" e altri parenti prossimi. Per prendere queste determinazioni, sin ora, non si è

²¹ La coincidenza tra famiglia e matrimonio è l'esito di un processo storico (v. GIORGIO CIAN, *Sui presupposti storici e sui caratteri generali del diritto di famiglia* cit., p. 23 ss.), che ora sembra avviato alla fase discendente, ma non si può certo parlare di superamento se solo si considerano le statistiche dei matrimoni civili e di quelli religiosi, e quanto si mantenga viva la rilevanza sociale di queste celebrazioni.

²² Tale fattispecie non è da considerare nuova o a livello di rara eccezione. Oggi il problema sussiste per quanti traggono benefici da situazioni di separazione o di divorzio; in passato era integrata da quanti addivenivano a celebrazioni meramente religiose per non perdere i benefici di una pensione civile di reversibilità (o altrimenti motivata, in ragione di lutti causati da eventi bellici, da particolari calamità ecc.). Né va dimenticato come la Chiesa cattolica, pur non rinunciando al diritto di celebrare matrimoni destinati a conseguire effetti solo nell'ordinamento canonico, sia stata sempre sensibile al problema creato da siffatte celebrazioni (per la loro capacità di dar vita a famiglie di fatto per l'ordinamento italiano), sino al punto da adottare, dopo la revisione del Concordato del 1984, con un decreto generale della CEI del 5 novembre 1990, precise disposizioni limitative delle celebrazioni che non potessero conseguire effetti civili.

²³ Cfr. ENZO ROPPO, *La famiglia* cit., p. 3, dove si rappresenta in sintesi lo sviluppo del percorso compiuto dalla giurisprudenza per estendere ai conviventi *more uxorio* diritti civili e disposizioni dei codici di diritto e procedura penale.

resa necessaria una pubblica manifestazione di volontà degli interessati; anzi, spesso, esse sono state l'esito di contrapposizioni tra gli stessi. Una normativa, quindi, sarebbe di sostegno per dare omogeneità di trattamento, specie nelle eventuali controversie; ma, se vincolata a una "registrazione", al di là della controversa questione di principio (circa la legittimità di una operazione che moltiplicherebbe le tipologie familiari), rimarrebbe condizionata dalla scelta delle parti (libera o indotta) di avvalersi o meno delle forme di pubblicità introdotte. Quanto ai contenuti del "disponendo", sembra evidente che, se parlare di "famiglia naturale di fatto" implica l'esistenza di una formazione dotata di una certa stabilità, ai fini della determinazione dei diritti e dei doveri bisogna distinguere le relazioni stabilite tra soggetti anagraficamente liberi e i rapporti parafamiliari che si realizzino in costanza di vincoli matrimoniali di uno o di entrambi i conviventi²⁴. Prima di parlare di diritti, però, sarebbe corretto definire i doveri di quanti stringono relazioni di convivenza: una sfera ancora poco considerata, che può implicare l'assunzione di obblighi naturali di carattere patrimoniale, ma anche doveri che scaturiscono da implicazioni genetiche di parentela, di morale e di ordine pubblico. Se fin ora ci si è essenzialmente occupati dei risvolti di carattere economico e del godimento di alcuni benefici sociali, in vista di normative più generali tutto andrebbe considerato; e, procedendo in tal senso, credo potrebbe emergere con corretta evidenza che una maggiore attenzione alle "convivenze" non si traduce di necessità in *deminutio* dei diritti della famiglia legittima. Con queste attese, molto di quanto si andrà a decidere potrebbe trovare spazio con una integrazione delle disposizioni del codice civile (senza ricorrere all'istituzione di "registrazioni" o all'inserimento, nello stesso codice, di accordi contrattuali specifici). Ulteriori regole potrebbero (o, meglio, dovrebbero) essere disposte negli altri testi legislativi che fissano diritti, doveri e responsabilità delle persone come è già in parte avvenuto²⁵.

²⁴ Tali rapporti, infatti, potrebbero segnalare il godimento di diritti scaturenti dalla "coniugalità" capaci di impedire duplicazioni, e insieme dar luogo all'adempimento di alcuni specifici doveri. Molte situazioni, peraltro, potrebbero riguardare extracomunitari interessati a far valere attese di permessi di soggiorno e di ricongiungimenti, in via più rapida rispetto all'attuale farraginoso prassi, seguita da molti, di pervenire a un divorzio e a un successivo matrimonio nei paesi di origine da far valere in Italia.

²⁵ Si tratterebbe, certo, di interventi piuttosto complessi, da assumere con attenta riflessione, pena l'instaurarsi di un nutrito contenzioso giurisprudenziale, probabilmente di senso inverso rispetto a quello che si è sin ora determinato in materia (non pretese di estensione di diritti, bensì di denegazioni di obblighi), ma certo capaci di costituire una solida base affinché si proceda, tra le parti e, se necessario, davanti all'autorità giudiziaria, con serena equità e soluzioni uniformi. In questa economia, peraltro, si potrebbero predisporre responsabilità e diritti anche in relazione alle realtà familiari integrate da un solo genitore con prole.

Le convivenze bipersonali integrate da individui dello stesso sesso, che oggi premono per ottenere una legittimazione normativa, sollecitano altre considerazioni. Se fondano la relazione interpersonale su una similare manifestazione affettiva (di cui oggi si danno anche giustificazioni genetiche), unita alla volontà di mutuo sostegno, affatto differente è l'identità del rapporto, al punto da far seriamente dubitare che, fermo il dettato costituzionale, si possano includere nel novero delle famiglie di fatto. A fronte di questa realtà (e anche in considerazione delle sue ricadute nel sociale), non si può procedere con affrettate equiparazioni. Il legislatore, allora, è chiamato ad agire con particolare saggezza e maggiore prudenza; a valutare attentamente la nozione giuridica di famiglia resa dal dettato costituzionale italiano (che autorevoli scritti ritengono più vincolante rispetto alle normative vigenti nei Paesi europei che hanno già autorizzato una legittimazione di tali unioni), e anche la portata di una apertura che potrebbe incoraggiare forme di solidarietà affettiva alternative o, comunque, diverse rispetto alla cultura della famiglia diffusa nella società italiana, e così regolata dal diritto.

Al di là di queste situazioni, l'invito alla prudenza va ribadito in via generale, perché una indiscriminata disponibilità a riconoscimenti di diritti alle convivenze caratterizzate da espressioni di mutualità affettive e di reciproco sostegno potrebbe essere di occasione per ulteriori nuove richieste di vantaggi (successori, pensionistici ecc.), da parte di più aggregazioni personali. In primo luogo, probabilmente, da quanti condividono la propria esistenza quotidiana coabitando e mettendo in comune le proprie risorse; là dove, al momento, per esempio, non si riconoscono (e le più recenti proposte legislative non prevedono di riconoscere) i benefici della "reversibilità pensionistica" neppure a persone legate da stretti vincoli di parentela. Né si potrebbero escludere richieste avanzate da nuclei pluripersonali²⁶, o trascurare le possibili attese dei membri di formazioni sociali che perseguono, in collettività di vita, obiettivi di forte spessore spirituale e sociale e di perfezionamento individuale: esigenze che lo Stato avrebbe certo difficoltà a sostenere e che, nella regolamentazione dei rapporti civili, si sono sino a oggi soddisfatte con gli strumenti assicurati dal diritto privato²⁷.

²⁶ Oggi, l'immigrazione mette maggiormente a contatto con la realtà di nuclei familiari non monogamici e, in riferimento agli aspetti solidaristici, il problema non potrebbe essere affrontato semplicemente negando l'esistenza di qualsiasi diritto o responsabilità giuridica.

²⁷ Al riguardo, ponendosi nell'economia della familiarità come matrice delle situazioni solidaristiche di convivenza, è naturale pensare alle possibili attese dei membri delle molteplici congregazioni religiose, cui sono stati negati diritti previdenziali anche con la singolare motivazione che a questi soggetti provvede, a titolo di familiarità, la struttura di appartenenza, e che attualmente dispongono circa i loro beni utilizzando gli strumenti del diritto comune.

La vita come diritto indisponibile

MARCELLO SALEMME

1. *Note preliminari*

Il tema della disponibilità della vita è connotato di implicazioni emotive e sociali del tutto peculiari, che rendono particolarmente insidioso ogni tentativo di svolgerne una analisi serena.

Ogni discorso che afferisca la vita umana inferisce direttamente intense valutazioni etiche e morali estranee ad altri ambiti lambiti dal diritto, coinvolgendo branche dello scibile eterogenee, sia se il discorso è riferito al momento del suo inizio embrionale, sia se riferito al momento del suo distacco dalle spoglie terrene, sia se riferito, come nel caso che ci interessa da vicino, alla titolarità del diritto di gestirne le sorti. Il giurista opera in un contesto influenzato dalle istanze di una società mutevole ed in cui, in conseguenza dei frenetici cambiamenti, il divario tra *lo ius scriptum* ed il diritto vivente è molto più consistente che altrove ed è in continua deriva.

Da un lato, infatti, assistiamo alla crisi del tradizionale sistema delle fonti, che manifesta a pieno la propria farraginosità, incancrenita dalla oberrante ingerenza della politica nella funzione normativa e nella gestione dei poteri dello Stato. D'altro canto, per i motivi accennati, il diritto vivente forgiato dai tribunali consta di soluzioni che probabilmente sono pregevoli negli intenti ma che rischiano di tradursi in scelte giuridicamente incoerenti, nelle quali sembra che la motivazione rincorra il dispositivo, secondo una logica capovolta e, comunemente, si lamenta l'esistenza di una lacuna legislativa, soprattutto per quanto riguarda le c.d. scelte di fine vita. La lettura degli atti relativi a recenti casi giudiziari¹, trasfusi non sempre fedelmente nella cronaca

¹ A titolo di esempio si consideri il c.d. Caso Welby, per il quale Cfr.: Ord. Trib. Roma, Prima

giornalistica, appalesano la oramai improcastinabile necessità di provare a fare chiarezza, diradando la nebbia sollevata da vari fattori, quali le strumentazioni politiche, i sommovimenti emotivi e la non sempre impeccabile conoscenza dei precetti.

Purtroppo risulta irrealistico sperare in un prossimo provvedimento normativo che ponga definitivamente chiarezza, poichè solo durante la quindicesima legislatura sono stati presentati otto disegni di legge relativi alle c.d. scelte di fine vita, dai tratti sostanzialmente equivalenti, i cui iter sono arenati presso la Dodicesima commissione permanente del Senato². Pur condividendo che sarebbe opportuna una legge che definisse con chiarezza i termini della questione, non pare convincente la conclusione secondo cui in merito ad un argomento di siffatta importanza il nostro ordinamento presenti una zona grigia in cui si estrinsecherebbe in massima misura l'autonomia privata, con il solo limite del *nemine leadere*³. Se, com'è ovvio e fisiologico, taluno si sente di dissentire dalla bontà del contenuto precettivo delle leggi attualmente in vigore, ciò non autorizza ad ignorarne il contenuto e a denunciare un vuoto che in realtà non esiste, giacché l'evento morte dell'individuo è considerato sotto diversi aspetti.

Intorno al tema della disponibilità del bene vita si fronteggiano due grosse correnti di opinioni: quella di quanti muovono dalla sacralità della vita per escluderne la disponibilità in capo a chi ne è titolare⁴ e quella di coloro che evidenziano la differenza tra una vita cd. biologica o fisiologica ed una vita personale o relazionale, ritenendo che l'individuo sia l'unico *arbiter se ipsum* capace di stabilire quando, e a quali condizioni, la propria esistenza sia degna di essere protratta⁵.

Alcuni dei valori coinvolti, come la dignità umana, la libertà di disporre del proprio corpo, il diritto alla salute, la solidarietà verso la collettività in

sezione Civile, dott.ssa Angela Salvio, 15-16 dicembre 2006, in *www.cittadinolex.it* del 13.8.2007; Ord. Trib. Roma, Giudice per le indagini preliminari dott. Renato La Viola, 8 giugno 2007, in *www.lucacoscioni.it* del 13.8.2007; Sent. Trib. Roma, Giudice dell'Udienza preliminare dott.ssa Zaira Secchi, 23 luglio - 18 ottobre 2007, in *www.lucacoscioni.it* del 20.12.2007.

² Cfr. D.d.l. 28 aprile 2006, n. 3; D.d.l. 17 maggio 2006, n. 357; D.d.l. 19 maggio 2006, n. 433; D.d.l. 31 maggio 2006, n. 542; D.d.l. 20 giugno 2006, n. 665; D.d.l. 27 giugno 2006, n. 678; D.d.l. 7 luglio 2006, n. 773; D.d.l. 18 luglio 2006, n. 818; in *www.senato.it* del 20.12.2007.

³ ANTONIO D'ALOIA, *Diritto di Morire? La problematica dimensione costituzionale della fine della vita*, in *Politica e diritto*, 1998, p. 609.

⁴ Tra i vari autori che autorevolmente sostengono che la vita sia un bene indisponibile Cfr. REMO PANNAIN, *I delitti contro la vita e la incolumità individuale*, Unione tipografica editrice torinese, Torino, 1965; DONATELLA VISENTIN, *Una scelta difficile: diritto di morire o dovere di vivere?*, in *Il diritto di famiglia*, Giuffrè, Milano, 1998.

⁵ ROBERTA BAIALO – PAOLO CECCHI, *L'eutanasia tra etica e diritto: principi e pratiche a confronto*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 1205-1206.

genere e verso coloro sui quali immediatamente ricadono le scelte individuali, appaiono immediatamente antitetici ma, come vedremo, non è azzardato supporre il contemperamento⁶. Il rispetto della persona umana può legittimare la pretesa dell'ordinamento alla tutela del carattere naturale del diritto alla vita ed alla salute, un diritto insito nella natura dell'uomo, che non viene attribuito dall'ordinamento ma dallo stesso solamente riconosciuto ad ogni essere umano. Stando così le cose, il diritto alla vita deve essere sottratto alla disponibilità sia dell'ordinamento che del soggetto che ne è titolare, sul quale incombe l'obbligo naturale di vivere⁷.

Il diritto positivo affronta il tema della disponibilità del diritto alla vita con diverse norme collocate sia nel Codice civile, che in quello penale, sia, inoltre, con norme del Codice di deontologia medica (c.d.m.), oltre che, ovviamente, con alcuni principi desumibili direttamente dalla Costituzione.

2. *Normativa vigente: le norme ordinarie*

La norma civilistica riferita all'argomento è contenuta nell'art. 5 c.c. che bandisce gli atti di disposizione del proprio corpo comportante una riduzione permanente dell'integrità fisica. Sono quindi vietati gli atti negoziali aventi ad oggetto parti del proprio corpo che non si riproducono naturalmente e la violazione del divieto conduce sicuramente all'invalidità dell'atto, senza che abbia molta rilevanza la distinzione dottrinale tra atti con cui si autorizza l'intervento lesivo altrui e gli atti cd. lesivi *cum manu propria*⁸.

Non vi è dubbio che la disciplina più articolata ed eloquente sull'argomento risieda nel Codice penale, il quale dedica profonda attenzione alla persona e ai molteplici aspetti e momenti mediante i quali trova estrinsecazione la personalità, dedicando all'argomento il Libro II (artt. 575-623 *bis*)⁹, dal quale viene tutelata la persona quale entità sia naturalistica che sociale¹⁰, cioè comunitaria ed immedesimata nella collettività di cui è parte.

Dopo l'art. 575¹¹, che punisce con la reclusione non inferiore a ventuno

⁶ ANTONIO D'ALOIA, *op. cit.*, p. 610.

⁷ ELENA VARANI, *I trattamenti sanitari tra obbligo e consenso*, in *Archivio giuridico*, 1991, 1, p. 92.

⁸ GUGLIELMO PASSACANTANDO, *Il principio del consenso e l'arbitrarietà del trattamento medico-chirurgico*, in *Rivista di medicina legale*, 2003, p. 73.

⁹ GIULIANO MARINI, *Delitti contro la persona*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 3.

¹⁰ *Ivi*, p. 9.

¹¹ Per un'ampia trattazione delle norme a presidio della vita umana Cfr. VINCENZO PATALANO, *I delitti contro la vita*, CEDAM, Padova, 1984.

anni l'omicidio volontario – pena mutata in ergastolo al ricorrere di una delle circostanze aggravanti ad effetto speciale di cui agli artt. 576 e 577 c.p. –, il codice punisce l'omicidio del consenziente con l'art. 579 e l'aiuto o l'istigazione al suicidio con l'art. 580, ponendo un quadro organico dal quale discende una tutela oggettiva della vita che prescinde da eventuali atti di disposizione da parte dell'ucciso e dal quadro anamnestico in cui questi versava¹².

Un vero e proprio atto di disposizione della propria vita che con maggiore frequenza vede la luce è quello legato alla eutanasia ed alle c.d. scelte di fine vita, astrattamente riconducibili all'art. 579 c.p. che punisce l'omicidio del consenziente¹³.

Già da una prima lettura dell'art. 579 si è indotti a ritenere che la *ratio* della norma derivi proprio dall'indisponibilità della vita e dalla considerazione della minore gravità del fatto rispetto all'omicidio volontario comune¹⁴. L'art. 579 non costituisce semplicemente una deroga alla norma di parte generale contenuta nell'art. 50 c.p., che innalza il consenso della persona offesa dal reato a causa di esclusione della pena¹⁵, ma disegna un'autonoma fattispecie delittuosa, nel senso che al ricorrere del consenso avente ad oggetto la vita umana, e non un qualsiasi altro bene della vittima, l'atto autorizzatorio perde le vesti dalla causa di giustificazione, assurgendo ad elemento costitutivo dell'autonoma fattispecie delittuosa punita dall'art. 575 c.p.. Con questo si vuole precisare che l'omicidio del consenziente non è un omicidio volontario la cui sanzione è attenuata in ragione del consenso della vittima, ma è un autonomo reato previsto e punito dal codice.

La diversa dosimetria della pena edittale prevista dall'art. 579 c.p., rispetto alle pene ben più gravi comminate dall'art. 575 c.p., consegue alla valutazione della diversa minaccia al bene protetto ed alla minore densità di dolo¹⁶; la minore severità, quindi, attiene all'elemento psicologico del reo, meno grave nel caso di cui all'art. 579 rispetto a quello di cui all'art. 575, e non al valore del bene protetto dalla norma, che non vede scemare il suo alto valore obiettivo intrinseco¹⁷, immune da atti di disposizione del titolare.

¹² CHIARA TODINI, *Riflessioni in tema di diritto di morire con dignità e di aiuto a morire*, in *La giustizia penale*, 2000, c. 199.

¹³ Per una ampia trattazione della norma Cfr. BRUNO PANNAIN – FRANCESCO SCLAFANI – MICHELE CORRERA – ANDREA STARACE, *L'omicidio del consenziente. Aspetti criminologici, medico-giuridici, di politica criminale e legislativa*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1982, pp. 19 ss.

¹⁴ BRUNO PANNAIN – FRANCESCO SCLAFANI – MICHELE CORRERA – ANDREA STARACE, *op. cit.*, p. 11.

¹⁵ REMO PANNAIN, *op. cit.*, p. 13.

¹⁶ *Ivi*, p. 20.

¹⁷ REMO PANNAIN, *op. cit.*, p. 20.

Sebbene dalla relazione ministeriale che ne accompagnò il cammino parlamentare si evince che il legislatore con l'art. 579 c.p. si sia riferito al caso dell'eutanasia¹⁸, il senso pratico induce a ritenere che, statisticamente, le circostanze ambientali e personali che contornano le condotte eutanasiche integrano le medesime circostanze contemplate dal terzo comma della norma in parola, le quali ne escudono l'applicazione¹⁹. È innegabile, infatti, che nella più gran parte dei casi la c.d. dolce morte viene procurata da stretti congiunti del malato terminale, il più delle volte l'agente agisce con premeditazione avendo maturato lentamente e profondamente il convincimento omicida, quasi nella totalità dei casi l'atto eutanastico viene consumato inoculando sostanze veneree²⁰. Sicché nella triste pratica è difficile che il gesto eutanastico venga sussunto sotto l'art. 579 perchè integra, invece, il più grave delitto di omicidio volontario di cui all'art. 575. Anche il vizio del consenso dell'ucciso, che comporta l'applicazione dell'art. 575 c.p., molto probabilmente caratterizza i casi di eutanasia perchè per gli artt. 89 e 90 c.p. è rilevante penalmente qualsiasi infermità che escluda o semplicemente affievolisca le capacità mentali, quindi è dato supporre che difficilmente un soggetto affetto da malattia incurabile ed allo stato terminale, il più delle volte sottoposto a sedazione, a causa "dell'inevitabile turbamento della coscienza generato dalla malattia"²¹ possa essere considerato in piena efficienza psichica, ebro da sostanze psicotrope e non suggestionato da medici e parenti che, in tutta buona fede, gli posso prospettare le sofferenze cui si incammina affrontando a viso aperto la malattia²².

Esclusa l'applicabilità della meno grave pena prevista dall'art. 579 c.p., sarà possibile lenire le pene di cui all'art. 575 c.p. ricorrendo alla circostanza attenuante comune di cui all'art. 62 n. 1 c.p., poichè in genere l'agente è sospinto da motivi di particolare valore morale²³ ed è legittimo attendersi dal giudice una valutazione della gravità del reato *ex art.* 133 c.p. favorevole all'autore, anche se non pare dello stesso avviso la giurisprudenza di legittimità²⁴.

¹⁸ DONATELLA VISENTIN, *op. cit.*, p.1638.

¹⁹ GIULIANO MARINI, *op. cit.*, p. 85.

²⁰ FRANCESCO ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale I*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 64.

²¹ Cfr. Cass. Civ., 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Guida al diritto*, Il sole24ore, 2007, n. 43, p. 29.

²² GIULIANO MARINI, *op. cit.*, p. 88.

²³ DONATELLA VISENTIN, *op. cit.*, p.16341; BRUNO PANNAIN – FRANCESCO SCLAFANI – MICHELE CORRERA – ANDREA STARACE, *op. cit.*, p. 18.

²⁴ Cass. Pen. 7 aprile 1989, in *Iuris Data*, Giuffrè, Milano, 2006 (banca dati informatica): "Le circostanze attenuanti di particolare valore morale o sociale debbono essere ispirate esclusivamente a motivi altruistici e non a motivi personali, neppure concorrenti, e devono corrispondere a finalità e

Quindi sembra condivisibile l'opinione di quanti leggono nell'art. 579 c.p. una prova dell'indisponibilità della vita e la sensibilità del legislatore verso l'esigenza di punire in maniera meno grave l'autore di una condotta sfornita del medesimo disvalore sociale che connota l'omicidio *tout cour*²⁵.

Come è noto esula dalla repressione penale il tentativo di suicidio: tale dato normativo alimenta la tentazione di supporre che nel nostro ordinamento esista in qualche misura la possibilità di disporre del bene vita. Tuttavia alcune semplici considerazioni inducono ad abdicare tale convincimento a favore della conclusione che per il diritto penale la vita resta un bene indisponibile.

Al riparo da serie contestazioni è l'osservazione che il suicidio, ancorché non punibile, resta un atto socialmente riprovato, incompatibile con l'essenza stessa dell'ordinamento giuridico i cui precetti e le cui norme sono tutti funzionalmente rivolti, in ultima analisi, alla tutela della vita umana²⁶; altrettanto incontrovertibile è che il suicidio, consumato o tentato, è un atto illecito, indipendentemente dalla punibilità o meno del suo autore, del quale atto è chiamato a rispondere l'eventuale istigatore, sia nei confronti del suicida sopravvissuto che di chiunque subisca un danno per effetto del suicidio stesso²⁷.

A ben guardare, i motivi che presiedono alla scelta legislativa della non punibilità del suicidio sono molteplici e certamente non valgono a suffragare l'opinione che il diritto alla vita sia un diritto pienamente disponibile. Un ruolo fondamentale è giocato da valutazioni di politica criminale, discendenti dall'impossibilità di perseguire efficacemente gli autori della condotta suicida, e dal timore che, in caso di tentativo fallace, la vittima potrebbe reiterare *l'actus occidendi* onde sottrarsi alla pena²⁸. Da questo punto di vista la mancata punibilità del tentativo di suicidio risulta enumerabile quale indizio della propensione del nostro ordinamento di tutelare la vita umana a tutti i costi.

Infine valutazioni teoriche fanno osservare che con l'uccisione di se stessi si cortocircuitano i poli della condotta penalmente rilevante poichè autore

principi i quali ricevano l'incondizionata approvazione della società in cui agisce chi tiene la condotta in quel determinato momento storico. In tema di omicidio del consenziente avente le caratteristiche dell'eutanasia tali circostanze non possono essere riconosciute, in quanto le discussioni tuttora esistenti in proposito denotano la mancanza di un generale apprezzamento positivo, risultando anzi larghe fasce di contrasto nella società italiana contemporanea”.

²⁵ GIULIANO MARINI, *op. cit.*, p. 84; FRANCESCO ANTOLISEI, *op. cit.*, p. 63; DONATELLA VISENTIN, *op. cit.*, p. 1638.

²⁶ *Ivi*, c. 193.

²⁷ GIULIANO MARINI, *op. cit.*, p. 104.

²⁸ DONATELLA VISENTIN, *op. cit.*, p. 1634.

dell'azione è il medesimo soggetto che ne subisce gli effetti letali, laddove una regola generale del diritto penale vuole che i due versanti della condotta, il versante dell'agente e quello dell'agito, non si concentrino in capo al delinquente²⁹, perchè nessuno può avere obblighi verso se stesso³⁰. Quindi non deve destare stupore che la legge non vieti l'autolesione della propria vita, poichè la questione della disponibilità della vita riguarda gli atti in forza dei quali un soggetto autorizza un terzo all'azione omicida³¹.

Relativamente al suicidio il legislatore, pur non punendo l'autore dello stesso, punisce l'eventuale istigazione o l'aiuto a consumarlo, con una norma, quella disposta dall'art. 580 c.p., che ribadisce l'assoluta indisponibilità della vita³², perchè se la vita fosse disponibile le condotte indicate dalla norma in parola non lederebbero alcun bene protetto dall'ordinamento³³ e la punizione da essa comminata non avrebbe ragione di esistere.

Quanto emerge dalle norme ordinarie permette di sostenere con una certa sicurezza che, *de iure condito*, il diritto alla vita è un diritto personalissimo ed indisponibile³⁴, il discorso è destinato a cambiare se ci si sposta nell'ambito delle proposte legislative e nella pretesa che il legislatore si attivi concretamente per elaborare una legge sulle scelte di fine vita rispettosa delle legittime istanze sociali e dei precetti costituzionali.

2. *Segue: le disposizioni del Codice di deontologia medica*

Come accennato sin qui il tema della disponibilità della vita, per le frequenti implicazioni pratiche ad esso sottese, è particolarmente sentito in ambiente medico a causa dei progressi scientifici che, dischiudendo orizzonti diagnostici e terapeutici improponibili sino a qualche anno fa, hanno attribuito al medico il potere di prostrarre, teoricamente *sine die*, lo stato in vita di un malato. Tale evoluzione, accompagnata ad una più profonda consapevolezza che caratterizza l'uomo medio e, quindi, la generalità dei pazienti, comporta l'abbandono del plurisecolare rapporto di tipo paternalistico che correva tra paziente e medico, il quale era autorizzato a qualsiasi scelta terapeutica, senza

²⁹ TULLIO DELOGU, *Teoria del consenso dell'avente diritto*, Giuffrè, Milano, 1936, pp. 24, 28.

³⁰ *Ivi*, p. 229.

³¹ REMO PANNAIN, *op. cit.*, p. 12.

³² GIULIANO MARINI, *op. cit.*, p. 102.

³³ REMO PANNAIN, *op. cit.*, p. 13.

³⁴ ANTONIO D'ALOIA, *op. cit.*, p. 609.

che il paziente potesse, nè sembra abbia voluto, svolgere alcun ruolo nella determinazione delle scelte terapeutiche³⁵.

Tuttavia, pur plaudendo alla nuova tendenza verso scelte partecipate tra medico e paziente, non pare seriamente possibile contestare che l'attività medica è, e deve essere, ontologicamente finalizzata al benessere del malato, con la conseguente imputazione per omicidio volontario per il medico che innesca il processo mortale del proprio paziente, checchè questi gli abbia chiesto o gli abbia autorizzato³⁶. Certamente con ciò non si intende elidere il diritto che ciascuno ha di vivere con dignità tutte le fasi della propria vita, soprattutto quelle terminali, nelle quali ognuno deve poter pretendere di non soffrire inutilmente e di poter rifiutare terapie palliative³⁷; si vuole solo precisare che gli sforzi tesi a garantire a tutti la possibilità di decidere di non protrarre una inutile sofferenza collimano e non collidono con l'indisponibilità della vita, del cui protrarsi è lecito disporre solamente nelle ipotesi in cui esiste ed è attivo un processo eziologico irreversibile che, per sua natura, conduce al decesso del soggetto disponente. Quindi non è censurabile la condotta del medico che somministra farmaci antidolorifici che da soli non innescano il processo mortale ma che producono, accanto all'effetto sedativo principale, anche l'effetto collaterale dell'affievolimento delle immunità corporee, accelerando il procedimento eziologico della morte del malato³⁸, ma è punibile il medico che inoculi sostanze mortali in un organismo in fase non terminale. Un giudizio comparatistico tra gli effetti lenitivi e quelli acceleratori del decesso fornirà indicazioni circa il rispetto da parte del medico delle norme dettate dagli artt. 14 e 36 c.d.m., che acconsentono alla somministrazione di medicinali e trattamenti capaci di alleviare le sofferenze del malato anche se ne riducono la resistenza fisica.

Il c.d.m., con norme dotate di natura giuridica di regolamento amministrativo interno, disciplinando l'esercizio di una professione del tutto particolare, prende in considerazione diversi aspetti delle diverse fasi della vita umana³⁹. Tra le varie norme deontologiche, oltre alle accennate norme di cui agli artt. 14 e 36, è interessante ai fini del discorso quella dell'art. 31, secondo la quale il malato ha il diritto di opporsi ai trattamenti terapeutici suggeritigli dal personale sanitario, con il limite stabilito dal successivo art. 33, che, dal canto

³⁵ ROBERTA BAIALO – PAOLO CECCHI, *op. cit.*, p. 1208.

³⁶ *Ivi*, p.1216.

³⁷ ANTONIO D'ALOIA, *op. cit.*, p. 613.

³⁸ DONATELLA VISENTIN, *op. cit.*, p. 1645.

³⁹ *Ivi*, p. 1643.

suo, affranca il medico dalle indicazioni del paziente in tutti i casi per i quali sia previsto un trattamento obbligatorio per legge. Il problema di stabilire quali siano tali circostanze potrebbe essere risolto alla luce dell'intero sistema giuridico debordando dall'elenco dei trattamenti espressamente definiti obbligatori dalla legge e annoverando tra questi anche tutti i trattamenti capaci, o comunque tesi, alla salvaguardia della vita⁴⁰.

Tuttavia, per evitare fraintendimenti occorre sottolineare le differenze che passano tra l'obbligo e la coercizione, precisando che il malato, secondo la tesi che qui si tenta di perorare, deve essere obbligato a "subire" le cure impostigli dal medico che gli possono evitare il decesso, ma nessuno, nè il medico nè il magistrato, può coartarlo fisicamente, costringendolo *manu militari* a sottoporsi alle terapie. Dunque, fermo restando che il rifiuto del malato alle cure salvavita integra un atto di disposizione della vita che, pertanto, non può vincolare il medico, il malato ha il diritto incontrovertibile ad allontanarsi dal luogo di degenza e cura⁴¹ lasciandosi morire.

Per analizzare la condotta del medico occorre premettere che nel nostro ordinamento evitare un suicidio dovrebbe essere considerato atto dovuto⁴² e che non trova cittadinanza giuridica la distinzione tra provocare un omicidio mediante azione ovvero omissione⁴³. Questa premessa ci porta a ritenere che è irrilevante ai fini penali se il medico abbia ommesso trattamenti salvavita oppure abbia attivamente aiutato il proprio paziente a morire. In entrambe le ipotesi non si tratta di determinare la misura in cui è consentito al paziente di ostacolare il medico che intenda agire per piegare il decorso naturale di uno stadio patologico indirizzato all'evento finale della morte, ma si tratta di scriminare l'intervento del medico finalizzato alla soppressione di una vita umana che, senza l'apporto omicida, avrebbe continuato il suo decorso naturale⁴⁴. In siffatte ipotesi, invero, non è possibile invocare alcun diritto di libertà sancito dalla Costituzione, perché anche il diritto alla libertà deve a sua volta misurarsi con i principi fondamentali dell'ordinamento desumibili dalla Costituzione, dai codici e dalle norme deontologiche, i quali vietano al medico di assecondare rischieste di eutanasia attiva⁴⁵, con la possibilità di escludere la configurabilità, in astratto, di un diritto di chiedere a terzi di

⁴⁰ DONATELLA VISENTIN, *op. cit.*, p. 1647.

⁴¹ CARLA VIGNALI, *La tutela della salute*, in *Acta biomedica dell'Ateneo parmense*, 2004, p. 196.

⁴² DONATELLA VISENTIN, *op. cit.*, p. 1634.

⁴³ ROBERTA BAIALO – PAOLO CECCHI, *op. cit.*, p. 1211.

⁴⁴ ANTONIO D'ALOIA, *op. cit.*, p. 615.

⁴⁵ DONATELLA VISENTIN, *op. cit.*, p. 1645.

innescare la propria morte, sospendendo le cure o somministrando farmaci dagli effetti letali.

3. Il quadro costituzionale riferibile alla problematica

Le diverse problematiche relative all'elevato valore da riconoscersi alla vita umana ed ai limiti da imporsi alla disponibilità della stessa, particolarmente in ambito medico, trovano un puntuale ed abbondante riscontro nel testo costituzionale.

A ben guardare, infatti, il dibattito dottrinale, giurisprudenziale e sociale, ad oggi tutt'altro che sopito, circa il rapporto tra medico e paziente approdò nel nostro paese già in seno alla Costituente⁴⁶. Superata ogni disputa circa la necessità che il medico disponga del consenso informato, sulla cui necessità pare non si possa dubitare, la questione relativa all'efficacia da riconoscersi all'eventuale dissenso del paziente è all'origine dello scontro dialettico tra quanti collegano l'art. 32 Cost all'art. 2 Cost., pervenendo alla conclusione della assoluta indisponibilità della vita, e coloro che collegano l'art. 32 all'art. 13, concludendo per la disponibilità della stessa⁴⁷.

L'art. 32 introduce una norma dal contenuto precettivo di immediata applicazione⁴⁸, il cui primo comma espressamente eleva la salute dell'individuo ad interesse della collettività, mentre il secondo e terzo comma vietano i trattamenti sanitari obbligatori che non siano previsti con legge o che ledano la "persona umana".

Alcuni autori intravedono in questa disposizione, letta in connubio con l'art. 2 Cost., la consacrazione del principio di autodeterminazione del paziente in ambito medico-sanitario⁴⁹, sostenendo che laddove la norma parla di interesse della collettività, in realtà prediliga il dato individuale su quello sociale, rafforzando la tutela offerta al singolo⁵⁰, il cui diritto alla salute verrebbe tutelato in quanto tale ed in quanto membro della collettività, intesa

⁴⁶ ANDREA SIMONCINI - ERIK LONGO, *Art. 32* (commento a), in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco - A. Celotto - M. Olivetti, UTET, Torino, 2006, p. 655.

⁴⁷ ROBERTA BAIALO - PAOLO CECCHI *op. cit.*, p.1209; FRANCO MODUGNO, ROSALIA D'ALESSIO, *Tutela costituzionale dei trattamenti sanitari ed obiezione di coscienza*, in *Parlamento, Rivista di vita politica e parlamentare*, 1986, nn. 3-4, p. 24; ANTONIO D'ALOIA, *op. cit.*, p. 611.

⁴⁸ Cfr. C. Cost., 26 luglio 1979, n. 88; Cass. Civ., Ss. Uu., 6 ottobre 1979, n. 5172, in *Iuris data*, Giuffrè, Milano, 2006 (banca dati informatica).

⁴⁹ FRANCO MODUGNO, ROSALIA D'ALESSIO, *op. cit.*, p. 24.

⁵⁰ ANTONIO D'ALOIA, *op. cit.*, p. 611.

come accolta di individui⁵¹ con il solo limite del *neminem ledere*.

A parte le perplessità che nascono dall'identificazione della collettività con la somma degli individui che la compongono, è facile obiettare che l'avvento della Costituzione repubblicana segnò una tappa fondamentale nel cammino verso la tutela integrale dei diritti dell'individuo esaltato non tanto quale elemento puntiforme avulso dalla collettività quanto, piuttosto, come parte della stessa, sinergicamente collegato ad essa⁵², con il conseguente interesse dell'intera collettività a che tutti i consociati conservino un buono stato di salute⁵³. Inoltre, sembra inopportuna la lettura asettica del solo primo comma dell'art. 32, il quale, viceversa, va letto alla luce degli altri due comma e dell'intero assetto costituzionale, tenendo presente che per poter efficacemente tutelare un bene poliedrico e multiforme qual è quello della salute il Costituente diede alla norma in discorso una formulazione estremamente ampia⁵⁴.

Il terzo comma dell'articolo in trattazione pone una precisa riserva di legge e vincola il legislatore ordinario in maniera espressa imponendogli che i trattamenti sanitari obbligatori non violino la persona umana. Pur senza voler immedesimarsi nell'Assemblea costituente, per comprendere la *ratio* di tanta puntualità nel prevedere questa riserva di legge è opportuna la preventiva considerazione della situazione culturale e sociale in cui operarono i deputati del 1946. Essi avevano innanzi una società soverchiata da oltre venti anni di dittatura, quasi un decennio ininterrotto di guerre ed un'alleanza con un popolo che non disdegnava l'esperimentazione su cavie umane e, conseguentemente, erano mossi dal bisogno di preservare le future generazioni da angherie analoghe a quelle perpetrates dai nazisti e dalle immotivate ingerenze statuali⁵⁵. Da tanto deriva che la riserva di legge disegnata dall'art. 32 venne posta quale cautela a presidio del neonato concetto di persona, che veniva partorito dalla Costituzione come un'entità complessa in cui mente e corpo sono inscindibili, a cui viene asservito un concetto di salute altrettanto nuovo e poliedrico⁵⁶.

Dal tenore letterale della norma in esame e dal rilievo dalla mancanza nel testo definitivo licenziato dalla Costituente dell'espressa previsione di

⁵¹ ELENA VARANI, *op. cit.*, p. 92.

⁵² MAURIZIO DEGL'INNOCENTI, *La nascita della Repubblica*, in *Storia e futuro. Rivista di storia e storiografia*, n. 13, 2007, p. 7.

⁵³ Cfr. Corte Cost. 9-16 maggio 1994, n. 180, in *Iuris data*, Giuffrè, Milano, 2006 (Banca dati informatica).

⁵⁴ ANDREA SIMONCINI - ERIK LONGO, *op. cit.*, p. 658.

⁵⁵ ELENA VARANI, *op. cit.*, p. 111

⁵⁶ ANDREA SIMONCINI - ERIK LONGO, *op. cit.*, p. 659.

un dovere di curarsi, si potrebbe ricavare che la norma costituzionale vieti qualsiasi intervento terapeutico non supportato dal consenso del paziente, indipendentemente dagli eventuali esiti letali dell'omissione⁵⁷.

Un primo *vulnus* a tale certezza semantica emerge allorché si tratta di stabilire la portata dell'art. 32 Cost. relativamente ai casi in cui debbasi decidere per soggetti affetti da incapacità naturale o giuridica (minori, interdetti, soggetti in stato di incoscienza transeunte), alla cui tutela è dedicata particolare attenzione sia dalla Costituzione che dal codice civile⁵⁸. Anche gli strenui difensori dell'opinione che vuole disponibile il diritto alla vita ritengono che in questi casi il consenso al trattamento sanitario salvavita da parte del soggetto esercente le potestà genitoriali del paziente sia un atto dovuto, la cui mancanza deve essere colmata con una pronuncia giurisdizionale⁵⁹ che sarebbe possibile attingendo alle norme dettate circa i doveri dei genitori verso i figli⁶⁰. Tale modo di ragionare non sembra brillare per coerenza perché sottrae all'esercente le potestà genitoriali una facoltà che, secondo i fautori della teoria della disponibilità, gli dovrebbe appartenere. Analogamente distorto sembra il ricorso all'art. 54 C.p. per evitare la punizione di quei medici che si siano resi "rei" di aver salvato una vita umana nonostante il dissenso manifestato da chi esercitava le potestà sul paziente minore. La norma del codice penale prevede una casua di giustificazione per colui che abbia realizzato la condotta tipica di un reato ma l'abbia fatto per evitare un danno grave alla persona: ebbene non è chiaro come conciliare l'assunto che il medico abbia evitato un danno alla persona salvandole la vita, contro la volontà di chi ne esercitava le potestà giuridiche, con il convincimento che la vita sia disponibile. Ritengo che di fronte al salvataggio di una vita umana o si assume che il medico realizza una condotta giuridicamente corretta, non bisognosa di alcuna giustificazione, o si assume che il consenso al trattamento sanitario è indispensabile e quindi di fronte al dissenso del tutore o del genitore non può invocarsi alcuna causa di giustificazione⁶¹.

L'art. 32 viene sovente collegato all'art. 2 Cost. ritenendo che, se la malat-

⁵⁷ ELENA VARANI, *op. cit.*, p. 95.

⁵⁸ Cfr. Art. 30 Cost. ed artt. 147, 148 c.c..

⁵⁹ FRANCO MODUGNO, ROSALIA D'ALESSIO, *op. cit.*, p. 25

⁶⁰ ANTONIO D'ALOIA, *op. cit.*, p. 613.

⁶¹ Il caso descritto, in cui il genitore od altro soggetto legittimato ha manifestato il proprio dissenso al trattamento sanitario, non deve essere confuso con l'ipotesi in cui il medico non ha soggetti a cui chiedere il consenso e, per evitare un danno grave alla persona, realizza tutti i trattamenti necessari a trarre in salvo il malato: in questi casi potrebbe eventualmente invocarsi l'esimente di cui all'art. 54 C.p.

tia degenera il malato sino a sopprimerne completamente la vita relazionale, sorgerebbe il diritto a morire, quale estrinsecazione di un diritto della persona concepita come entità che interagisce con l'esterno⁶².

Non potendo dedicare la dovuta attenzione al dibattito dottrinario sorto intorno alla portata dell'art. 2 Cost. sembra sufficiente segnalare che originariamente si fronteggiarono due posizioni differenti: quella di quanti riscontravano nella disposizione in discorso un'elencazione aperta di diritti dell'individuo riconducibili al diritto naturale o alla costituzione materiale e quella di quanti obiettavano ai primi che una tale apertura avrebbe esposto al rischio di imbarazzanti incongruenze, frutto della sussunzione sotto l'ombrello costituzionale di diritti tutelati da norme di rango inferiore. La cennata diatriba ha trovato componimento grazie all'opera di sintesi di coloro che intravedono nella norma in parola un'elencazione aperta di diritti riferita, però, a posizioni soggettive di matrice costituzionale⁶³.

L'art. 2 Cost. sintetizza i principi che informano lo Stato repubblicano tra cui sicuramente il principio solidaristico⁶⁴, postulato dal concetto stesso di partecipazione democratica il quale inquadra in modo particolare il momento dell'immedesimazione del singolo nella dinamica della collettività, di guisa che ogni diritto riconosciuto a ciascun consociato ha una sua ragion d'essere nei limiti in cui immette chi ne è titolare nel circuito comunitario⁶⁵. L'uomo ha un indomabile istinto relazionale che lo conduce, per sua natura, a vivere in società e deve, pertanto, costantemente coordinare la propria attività a quella degli altri consociati, agendo "non per calcolo utilitaristico o per imposizione di un'autorità, ma per libera e spontanea espressione della profonda socialità che caratterizza la persona stessa"⁶⁶. L'individuo *uti socius* e la collettività sono legati da un rapporto di sinergia e di reciproca interdipendenza tale da imporre a ciascun membro della collettività di adoprarsi per il bene della stessa⁶⁷.

La Costituzione garantisce con l'art. 2 e con tutto il suo impianto normativo, tra cui anche l'art. 23⁶⁸, l'atavica vocazione della persona che si identifica

⁶² DONATELLA VISENTIN, *op. cit.*, p. 1635.

⁶³ EMANUELE ROSSI, *I principi fondamentali della Costituzione italiana. Lezioni*, Il Mulino, Bologna, 2002, pp. 46-47.

⁶⁴ Per un'approfondita disamina dell'art. 2 Cost. Cfr. AUGUSTO BARBERA, *Art. 2* (Commento a), in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, Zanichelli, Bologna, 1979, pp. 51-123.

⁶⁵ MAURIZIO DEGL'INNOCENTI, *op. cit.*, p. 9.

⁶⁶ Cfr. C. Cost. 28.2.1992 n. 75, in *Urs data*, Giuffrè, Milano, 2006 (Banca dati informatica).

⁶⁷ LEONARDO LOGUERCI, *Teoria generale del consenso dell'avente diritto*, Casa editrice Ambrosiana, Milano, 1955, p. 115-124.

⁶⁸ EMANUELE ROSSI, *op. cit.*, p. 56: "quando un ordinamento riconosce la solidarietà quale valore

nei consessi entro cui estrinseca la sua personalità, non limitandosi a regolamentare l'esercizio dei diritti vantati da ciascuna persona ma imponendo anche dei precisi doveri necessari allo sviluppo della società, costantemente aggregata ed amalgamata anche grazie al principio solidaristico⁶⁹. Il descritto dovere di solidarietà si sostanzia anche nel dovere di accettare i trattamenti sanitari perchè la salute del singolo è strumento indispensabile alla sua partecipazione alla famiglia ed alla collettività⁷⁰, e se tale principio non implica il dovere del soggetto di perseguire la propria salute⁷¹, comporta quantomeno il diniego della possibilità di disporre della vita, che è certamente il presupposto per il godimento di ogni altro diritto⁷².

Secondo altra dottrina il secondo comma dell'art. 32 Cost. andrebbe coordinato, piuttosto che con l'art. 2, con l'art. 13, secondo comma⁷³ che, in materia di libertà personale, iscrive i tradizionali diritti dell'*habeas corpus* nell'ambito del principio di legalità, elevando la libertà personale al rango di diritto soggettivo perfetto intangibile dalla pubblica amministrazione, se non nei casi astrattamente contempalti dalla legge ovvero nei casi in cui sia intercorso un motivato provvedimento dell'autorità giudiziaria.

Analogamente a quanto fatto per l'art. 2 si rinvia alle trattazioni maggiormente specializzate per la disanima dell'art. 13 Cost.⁷⁴, tenendo presente che il concetto di libertà contenuto nell'art. 13 Cost. ha suscitato interpretazioni diverse non sempre assimilabili tra loro⁷⁵.

Secondo un primo orientamento la norma da ultimo cennata si tradurrebbe nella libertà di evitare indebite coercizioni sul proprio corpo, con l'inibizione delle sole coercizioni fisiche e delle condotte atte a menomare la dignità della persona sino ad assoggettarla al volere di terzi. Altro orientamento, invece, rinviene nella norma in parola la tutela della libertà morale, oltre che fisica,

costituzionale supremo, questa non può essere intesa esclusivamente (e restrittivamente) come sintesi dei doveri richiesti ai componenti, ma deve comprendere altresì quell'insieme di comportamenti che ogni soggetto, singolo o associato, pone in essere per l'interesse alieno e perciò del bene comune..."

⁶⁹ *Ivi*, p. 55.

⁷⁰ ANTONIO D'ALOIA, *op. cit.*, p. 609.

⁷¹ DIANA VINCENZI AMATO, *Il 2° Comma dell'art. 32* (Commento a), in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, Zanichelli, Bologna, 1979, pp. 174-176.

⁷² REMO PANNAIN, *op. cit.*, p. 8.

⁷³ DIANA VINCENZI AMATO, *op. cit.*, pp. 168-169.

⁷⁴ MARCO RUOTOLO, *op. cit.*, pp. 321-345; con stretta attinenza alla materia trattata si veda CHIARA TIPODINA, *Eutanasia, Diritto, Costituzione, nell'età della tecnica*, in *Diritto pubblico*, CEDAM, Padova, 2001, pp. 113-168.

⁷⁵ DIANA VINCENZI AMATO, *op. cit.*, p. 167.

suscettibile di lesione solo a mezzo di assoggettamento totale della vittima all'altrui potere. Altro indirizzo argomenta dal combianto disposto degli artt. 2, 3 e 13 Cost. per ritenere che tale ultima disposizione tuteli anche i nuovi diritti emergenti dal tessuto complessivo della Carta⁷⁶.

Esigenze sistematiche suggeriscono di leggere l'art. 13 Cost. alla luce della teoria secondo cui il precedente art. 2 contiene un'elencazione aperta di diritti riconducibili alla Costituzione. Percorrendo tale strada si giunge a ritenere che l'invulnerabilità riferita dall'art. 13 afferisca al patrimonio indisponibile della persona nel cui ambito libertà e dignità costituiscono un binomio assiologico inscindibile, contrapposto al concetto individualistico di libertà⁷⁷ negletto in Costituzione.

Queste conclusioni, avvalorate da altre norme della Costituzione – quali ad esempio quella disposta dagli artt. 3, che stabilisce il principio di solidarietà materiale oltre che giuridico⁷⁸, 27, che bandisce la pena capitale⁷⁹, 38, che ribadisce il principio di solidarietà in ambito lavorativo⁸⁰ – inducono a condividere l'opinione secondo cui dalla complessiva struttura costituzionale discende un onere gravante sul consociato di conservare le condizioni fisiche idonee allo sviluppo della propria persona⁸¹ e della collettività di cui è parte integrante, sino ad elevare il diritto alla vita come bene pubblico e la salute di ciascuno come interesse della collettività⁸².

4. *Considerazioni conclusive*

In definitiva, sembra condivisibile la convinzione secondo cui per il nostro ordinamento il diritto alla vita è un diritto personalissimo ed assolutamente indisponibile. A tali conclusioni si perviene ribadendo che lo stesso art. 2 Cost., letto alla luce dell'intrero impianto normativo, pone sullo stesso piano i diritti inviolabili dell'uomo, il cui caposaldo è sicuramente il diritto alla vita,

⁷⁶ MARCO RUOTOLO, *Art. 13* (commento a), in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, UTET, Torino, 2006, p. 323.

⁷⁷ MARCO RUOTOLO, *op. cit.*, p. 325.

⁷⁸ CHIARA TODINI, *op. cit.*, p. 149.

⁷⁹ RUGGERI A. – SPADARO A., *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Politica e diritto*, 1991, p. 345; CHIARA TODINI, *op. cit.*, c. 193.

⁸⁰ Cfr. Cass. Civ., Ss. Uu., 1 agosto 2006, n. 17461, in *Iuris data*, Giuffrè, Milano, 2006 (Banca dati informatica).

⁸¹ GUGLIELMO PASSACANTANDO, *op. cit.*, p. 71.

⁸² Cfr. Cass. Civ. 17461/2007, *cit.*

ed i doveri di solidarietà: tale equiparazione autorizza a proiettare l'uomo nella società di cui fa parte e ad escludere che egli possa deliberatamente incaricare o autorizzare terzi affinché lo privino della vita⁸³.

Diversa è la conclusione cui si giunge se si analizza il diritto di morire con serenità, il quale altro non è che il diritto di vivere serenamente ogni attimo della vita, e di evitare che il procedimento biologico mortale, originato dall'evolversi incontrollato degli eventi congeniali alla vita umana, si sviluppi secondo un percorso di sofferenze ed inutili mortificazioni le quali sminuiscono la dignità del morente. In tale ultimo caso si tratta del diritto di morire con dignità e di scegliere che la propria malattia segua il suo naturale decorso⁸⁴.

Con la cautela che la particolarità della materia richiede, bisogna evitare l'errore di esasperare le conclusioni cui si è approdati pensando di poter imporre al malato di subire forme di accanimento terapeutico o di prolungamento artificiale della vita biologica⁸⁵. Quindi, con equilibrio, è bene ritenere che risponde di omicidio il medico che privi il malato di trattamenti capaci di prolungarne la vita in modo sereno e dignitoso, nello stesso tempo, comunque, è da ritenersi del tutto legittimo il rifiuto da parte del malato di trattamenti sanitari idonei solamente a prolungare uno stato patologico dagli imminenti esiti infausti⁸⁶, purché si tratti di un dissenso attuale⁸⁷ promanante da soggetto consapevole degli effetti dei suoi interdetti, che sia stato adeguatamente informato e che sia pienamente capace⁸⁸.

L'indisponibilità del diritto alla vita priva di efficacia qualsiasi atto di disposizione, implicito od esplicito, che abbia ad oggetto la prosecuzione naturale della vita, nel senso che nessun soggetto può concludere atti negoziali o rilasciare autorizzazioni ovvero negare permessi che implichino la propria morte⁸⁹. Tuttavia tale indisponibilità del diritto alla vita non esclude la facoltà di goderne a pieno ed a proprio piacimento, anche optando per

⁸³ CHIARA TODINI, *op. cit.*, c. 193.

⁸⁴ Cfr. Cass. Civ., 21748/2007 *cit.*

⁸⁵ ANTONINO SCALISI, *Il valore della persona nel sistema e i nuovi diritti della personalità*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 109.

⁸⁶ CHIARA TODINI, *op. cit.*, c. 201.

⁸⁷ Cass. Civ. 15 gennaio – 23 febbraio 2007, n. 4211, in *Guida al diritto*, Il sole24ore, 2007, n. 10, p. 27. La Corte in tale occasione, evitando di verificare la validità del dissenso ad essere sottoposto ad emotrasfusione prestatato da testimone di Geova, ha rigettato la domanda risarcitoria rivolta dal paziente salvato dal medico osservando che l'originario dissenso alla trasfusione formulato dal paziente perde di efficacia al mutare del quadro clinico.

⁸⁸ *Ibidem.*

⁸⁹ ELENA VARANI, *op. cit.*, p. 122.

la morte suicidandosi o lasciandosi morire, ma l'indisponibilità implica che nessuno può sentirsi autorizzato ad ammazzare una persona che glielo abbia chiesto, e che al giudice non compete di ordinare, o anche solo autorizzare, la sospensione di un trattamento sanitario che non abbia i caratteri dell'accanimento terapeutico⁹⁰.

In definitiva sembra lecito ritenere che, quantunque non è possibile vietare ad alcuno di lasciarsi morire o suicidarsi, deve essere escluso che questi possa validamente disporre della vita coinvolgendo estranei nella propria scelta.

⁹⁰ Cfr. Cass. Civ., 21748/2007 *cit.*

Trascrizione post mortem del matrimonio canonico e libertà religiosa

RAFFAELE SANTORO

1. La trascrizione post mortem quale strumento di espressione della libertà religiosa

In un “mondo che si va facendo sempre più piccolo”¹, la rinnovata rilevanza assunta dal fattore religioso spinge l’individuo a connotare sempre più frequentemente in chiave religiosa atti che per loro essenza travalicano ciò che in senso *tecnico* può essere definito come *atto di culto*².

Sempre maggiore appare, dunque, l’espansione del diritto di libertà religiosa verso “nuove dimensioni”³, alimentando di fatto la contaminazione tra immanente ed esperienza del sacro, quale “esperienza della soglia, del limite, del confine”⁴.

Tutto ciò sottopone ad un “notevole stress operativo ed interpretativo”⁵ gli istituti giuridici funzionalmente coinvolti nella sua attuazione pratica, dando luogo a sempre maggiori sollecitazioni e flessioni del dato normativo, spinto lungo il crinale della *depatrimonializzazione* dalla ricerca di un nuovo spazio di espressione del “primato dell’identità personale sull’utile”⁶. È il tramonto dell’*homo consumens* – dell’*homo oeconomicus* – progressivamente sostituito dall’*homo religiosus*.

¹ JOSEPH RATZINGER, *Fede, verità, tolleranza. Il Cristianesimo e le religioni del mondo*, Cantagalli, Siena, 2005, p. 7.

² Cfr. SERGIO FERLITO, *Le religioni, il giurista e l’antropologo*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2005, p. 72.

³ LORENZO SPINELLI, *Diritto ecclesiastico*, Utet, Torino, 1976, p. 258.

⁴ GIUSEPPE LIMONE, *Dal giusnaturalismo al giuspersonalismo. Alla frontiera geoculturale della persona come bene comune*, Graf Universitaria, Napoli, 2005, p. 99.

⁵ ANTONIO FUCCILLO, *L’attuazione privatistica della libertà religiosa*, Jovene, Napoli, 2005, p. 11.

⁶ TARCISIO BERTONE, *L’etica del bene comune nella dottrina sociale della Chiesa*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2007, p. 55.

Centro di attenzione della fioritura normativa tende ad essere non più esclusivamente l'individuo-consumatore ed i suoi gusti, ma il soggetto-persona, le sue aspirazioni ed i suoi bisogni interiori che ne compongono la dimensione spirituale.

Diventa, quindi, fondamentale in tale quadro il delicato compito affidato all'interprete – in particolare, giudice e notaio⁷ – di rinvenire, attraverso l'interpretazione autenticamente *laica*⁸ del diritto positivo, un fragile equilibrio tra realizzazione individuale ed ordine generale, oggi più che mai vitale per la costruzione di una piena soggettività compatibile con il *bene comune*⁹.

Ciò consente di rinvenire nella trascrizione *post mortem* del matrimonio canonico l'emblema di questo nuovo ordine delle cose.

La ricerca di una sua possibile attuazione mediante un'ermeneutica ampia e promozionale della normativa concordataria nel suo complesso, non solo alla luce delle parole ma anche dello spirito che la ordina¹⁰, garantirebbe al cittadino-fedele il soddisfacimento delle proprie istanze religiose¹¹.

In tal caso, infatti, il soggetto sarebbe spinto, per soddisfare le istanze provenienti dalla propria coscienza, nella ricerca di strumenti giuridici concreti mediante i quali formulare "ora per allora" la propria *conoscenza* e la *non opposizione* in merito alla trascrizione del matrimonio, qualora questa per diverse ragioni, sia giuridiche che personali, venga rinviata nel tempo in cui non sarà più in vita.

Diversa, inoltre, appare la natura dei motivi che potrebbero spingere il soggetto a soddisfare i dettami della coscienza mediante la trascrizione *post mortem* del proprio matrimonio religioso.

⁷ Relativamente al ruolo del notaio cfr. ANTONIO FUCILLO, *Diritto ecclesiastico e attività notarile*, Giappichelli, Torino, 2000, p. X.

⁸ In tema cfr. ANTONIO FUCILLO, *Il crocifisso tra valori civili e laicità dello Stato*, in *Diritto e giustizia*, 10, 2006, p. 74; OMBRETTA FUMAGALLI CARULLI, "A Cesare ciò che è di Cesare, a Dio ciò che è di Dio". *Laicità dello Stato e libertà delle Chiese*, Vita & Pensiero, Milano, 2006; MARIO TOSO, *Per una laicità aperta*, Centro Studi Cammarata – Edizioni Lussografia, Calatanissetta, 2002; ADOLOFO CERETTI, LOREDANA GARLATI, *Laicità e stato di diritto*, Giuffrè, Milano, 2007; FRANCESCO D'AGOSTINO, *Ripensare la laicità. L'apporto del diritto*, in ID., *Il diritto come problema teologico ed altri saggi di filosofia e teologia del diritto*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 131 ss.

⁹ JOHN MITCHELL FINNIS, *Legge naturale e diritti naturali*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 166, definisce il bene comune "un insieme di condizioni che permettono ai membri di una comunità di raggiungere autonomamente obiettivi ragionevoli, o di realizzare ragionevolmente il valore (o i valori) in vista del quale essi hanno ragione di collaborare l'un l'altro (positivamente e/o negativamente) in una comunità".

¹⁰ Cfr. GIANCARLO ANELLO, *Modelli di scrittura normativa e dinamica concordataria*, Cedam, Padova, 2004, p. 122.

¹¹ Cfr. PAOLO BIANCHINI, *Sulla trascrivibilità del matrimonio canonico dopo la morte di uno dei coniugi*, in *Dir. fam. pers.*, 2, 1990, p. 1319 ss.

Il primo motivo è di ordine canonico-istituzionale trovando la propria genesi nella concessione di licenza di ammissione al matrimonio solo canonico, concessa dall'Ordinario del luogo a favore di persone vedove, qualora anziane e veramente bisognose, ovvero, al di fuori di tale ipotesi, in presenza di gravi ragioni (D.G.M.C., n. 40)¹². Rientra in quest'ultimo caso il matrimonio canonico celebrato tra un cattolico ed una donna musulmana¹³, dove la sua concessione, unitamente alla dispensa dall'impedimento di *disparitas cultus* (can. 1059), può certamente trovare giustificazione nella tutela della sicurezza personale della donna, stante per lei il divieto di sposare un non musulmano, ancora conservato nella legislazione di alcuni Stati (Algeria, Iraq, Marocco, Siria ed altri)¹⁴, la cui violazione, costituendo atto di apostasia, è penalmente perseguito¹⁵.

In tal caso, l'elemento motivazionale sarà dato dalla volontà di adempiere l'impegno assunto in qualità di *christifidelis* innanzi all'Ordinario a richiedere la trascrizione del matrimonio agli effetti civili non appena siano venute meno le cause che hanno motivato la licenza, avendo i coniugi il dovere, oltre che il diritto, di "assicurare, nei limiti della possibilità, il riconoscimento civile alla loro unione matrimoniale sia nell'interesse legittimo dei figli, sia per riguardo alle esigenze del bene comune della società, di cui la famiglia è la cellula primordiale"¹⁶.

Diverse e più complesse appaiono, invece, le problematiche connesse al matrimonio canonico segreto (cann. 1130-1133)¹⁷.

¹² Per un approfondimento dei profili canonistici del matrimonio solo canonico si rinvia a MAURO RIVELLA, *Il matrimonio solo canonico*, in *Quad. dir. eccl.*, 4, 2004, p. 340-348; GIANNI TREVISAN, *Il matrimonio solo canonico di persone vedove*, in *Quad. dir. eccl.*, 4, 2004, p. 349-362; EUGENIO ZANETTI, *Il matrimonio solo canonico dopo un'altra unione e in attesa di regolarizzazione civile*, in *Quad. dir. eccl.*, 4, 2004, p. 363-394.

¹³ Cfr., CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA, *Indicazioni I matrimoni tra cattolici e musulmani in Italia*, n. 37.

¹⁴ JOSEPH PRADER, *Il matrimonio nel mondo*, Cedam, Padova, 1986, p. 57, 308, 419, 512.

¹⁵ VINCENZO ABAGNARA, *Il matrimonio nell'Islam*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1996, p. 33. Per una panoramica delle singole legislazioni si rinvia a ROBERTA ALUFFI BECK-PECCOZ, *Le leggi del diritto di famiglia negli stati arabi del Nord-Africa*, Edizioni della Fondazione Giovanni Agnelli, Torino, 1997.

¹⁶ CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA, *Evangelizzazione e sacramento del matrimonio*, n. 100.

¹⁷ In tema di matrimonio canonico segreto si rinvia a LUIGI SABBARESE, *Il matrimonio canonico nell'ordine della natura e della grazia. Commento al Codice di Diritto Canonico, Libro IV, Parte III, Titolo VII*, Urbaniana University Press, Città del Vaticano, 2006, p. 353 ss.; ENRICO VITALI, SALVATORE BERLINGÒ, *Il matrimonio canonico*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 121. LUCIANO MUSSELLI, MARIO TEDESCHI, *Manuale di diritto canonico*, Monduzzi, Bologna, 2002, p. 257; JUAN IGNACIO ARRIETA (edizione italiana diretta da), *Codice di Diritto Canonico e leggi complementari commentato*, Coletti a San Pietro, Roma, 2003, p. 760.

Il secondo motivo, invece, ha carattere personale e patrimoniale, e si esprime nel desiderio del *de cuius* di garantire adeguata tutela alla persona con la quale ha condiviso la propria vita familiare, caratterizzata dalla presenza del solo vincolo religioso¹⁸, il cui *status*, attraverso la trascrizione, traslerebbe in ambito statale da convivente *more uxorio* – trattasi in tal caso di una convivenza c.d. qualificata¹⁹ – a coniuge, con rilevanti riflessi personali e patrimoniali – successori *in primis* – sulla relativa sfera giuridica.

2. La trascrizione post mortem nella riformata normativa concordataria

Allo stato, la disciplina giuridica del matrimonio canonico civilmente riconosciuto si snoda in un complesso di norme di eterogenea natura (bilaterali ed unilaterali, sia statuali che ecclesiali), che si incontrano nell'unità dell'esperienza, essendo i *christifideles* “contemporaneamente sudditi della Chiesa e sudditi dello Stato”²⁰, alla luce delle quali è possibile annoverare la trascrizione *post mortem* del matrimonio canonico nei registri dello stato civile tra i c.d. *nodi concordatari*²¹, rientrando a pieno titolo nelle questioni dottrinali, giurisprudenziali e pratiche che le “incompiute”²² norme di attuazione della rinnovata normativa concordataria rendono ancora aperte²³.

In chiave negativa si esprime gran parte della dottrina, sostenendo che il testo concordatario revisionato, a differenza di quello previgente, non consentirebbe di trascrivere il matrimonio canonico nei registri di stato civile successivamente alla morte di uno dei due coniugi²⁴.

¹⁸ Cfr. ANTONIO FUCILLO, *Attribuzioni patrimoniali e libertà individuali tra famiglia legittima, famiglia naturale e multireligiosità*, in *Diritto e religioni*, 1/2, 2006, p. 279.

¹⁹ Cfr. PIERFRANCESCO RINA, *Alcuni profili successori della convivenza e fattore religioso*, in ANTONIO FUCILLO (a cura di), *Unioni di fatto, convivenze e fattore religioso*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 53.

²⁰ VELASIO DE PAOLIS, *Il Libro Primo del Codice: norme generali (cann. 1-203)*, in GRUPPO ITALIANO DOCENTI DI DIRITTO CANONICO (a cura di), *Il diritto nel mistero della Chiesa*, Lateran University Press, Roma, 1995, p. 304.

²¹ PAOLO URSO, *Alcuni “nodi” concordatari*, in GRUPPO ITALIANO DOCENTI DI DIRITTO CANONICO (a cura di), *Matrimonio e disciplina ecclesiastica*, Glossa, Milano, 1996, p. 237.

²² In tema cfr. LUIGI DEL GIUDICE, *La trascrizione tardiva del matrimonio canonico nelle (incompiute) norme di attuazione degli Accordi di Villa Madama*, in *Ius Ecclesiae*, 1, 1993, p. 225 ss.

²³ Cfr. SALVATORE BORDONALI, *La trascrizione del matrimonio canonico*, in SALVATORE BORDONALI, ANTONIO PALAZZO (a cura di), *Concordato e legge matrimoniale*, Jovene, Napoli, 1990, p. 33.

²⁴ In ambito ecclesiasticistico cfr. MARIO TEDESCHI, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 287; CARLO CARDIA, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Il Mulino, Bologna, 1996, p. 452; CARLO CARDIA, *Ordinamenti religiosi e ordinamenti dello Stato. Profili giurisdizionali*, Il Mulino, Bologna, 2003, p. 214; PAOLO MONETA, *Matrimonio religioso e ordinamento civile*, Giappichelli,

Le principali argomentazioni addotte da questo fronte della dottrina possono essere riunite intorno a tre nuclei principali: a) lo stato civile di coniugato non può essere attribuito ad una persona non in vita, perché tale evento – la morte – “estingue la capacità giuridica di tutte le persone fisiche, escludendo così che possano essere soggetti di qualsiasi rapporto giuridico”, e di conseguenza si esclude la “possibilità di costituire uno *status* che presuppone l’esistenza in vita”²⁵; b) l’art. 14 della l. 27 maggio 1929, n. 847, esclude la trascrizione tardiva quando uno dei coniugi, in epoca successiva alle nozze, fosse stato interdetto per infermità di mente, e di conseguenza “sarebbe stato incoerente non ammettere la trascrizione per la semplice menomazione della capacità di agire derivante dall’interdizione ed ammetterla quando il soggetto aveva cessato addirittura di esistere come centro di imputazione di qualsiasi rapporto giuridico”²⁶; c) “la necessità che ambedue le parti manifestino (sia pure in forma implicita di una di esse) una specifica volontà di conseguire il riconoscimento civile del proprio matrimonio”²⁷.

Ha fatto sue tali argomentazioni anche la giurisprudenza di legittimità, dichiarando “illegittima la trascrizione *post mortem* di un matrimonio canonico richiesta dopo l’entrata in vigore della normativa che ha modificato il Concordato lateranense”²⁸. Inoltre, la Suprema Corte ha affermato che l’adesione del coniuge, così come imposta dall’art. 8 dell’Accordo del 1984, non può ritenersi integrata dalla dichiarazione, resa dai coniugi in occasione della celebrazione, di consentire la trascrizione, ovvero in atti destinati ad operare dopo la morte²⁹.

Tale chiusura, in presenza dello stretto legame tra la trascrizione e la volontà dei coniugi, viene considerata “opinabile” qualora “sia possibile ricostruire l’effettiva volontà del morto in ordine alla domanda di trascrizione”³⁰.

Torino, 2002, p. 83; FRANCESCO FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, Zanichelli, Bologna, 2007, p. 453; ANTONIO VITALE, *Corso di diritto ecclesiastico. Ordinamento giuridico e interessi religiosi*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 381 ss. Tra i commentatori del riformato concordato, per tutti, cfr. FRANCESCO GAZZONI, *Trascrizione tardiva del matrimonio canonico e tutela del contraente*, SALVATORE BORDONALI, ANTONIO PALAZZO, *Concordato e legge matrimoniale*, cit., p. 235. In ambito civilistico per tutti, cfr. GILDA FERRANDO, *Manuale di diritto di famiglia*, Laterza, Roma-Bari, 2005, p. 56.

²⁵ FRANCESCO FINOCCHIARO, *Del matrimonio*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile*, Libro Primo, Delle persone e della famiglia (art. 79-83), Zanichelli, Bologna-Roma, 1971, p. 222 ss.

²⁶ PAOLO MONETA, *ult. op. cit.*, p. 83.

²⁷ PAOLO MONETA, *ult. op. cit.*, p. 83 ss.

²⁸ Corte di Cassazione, sentenza 12 luglio 2002, n. 10141.

²⁹ Corte di Cassazione, sentenza 26 marzo 2001, n. 4359.

³⁰ SANDRO GHERRO, MANLIO MIELE, *Corso di diritto ecclesiastico*, Cedam, Padova, 2006, p. 92.

Dal canto suo, la giurisprudenza di merito aderente a tale fronte sostiene che il decesso di uno dei coniugi preclude all'altro la possibilità di ottenere la trascrizione tardiva, non potendosi ipotizzare né conoscenza né mancata opposizione in capo al coniuge defunto³¹. Pertanto, vengono considerate prive della capacità di esprimere il pur tacito assenso, preteso dalla legge vigente, né le manifestazioni di volontà della trascrizione risalenti al momento della celebrazione, né eventuali dichiarazioni - testamentarie e non - di conferma dell'originaria volontà degli effetti civili rilasciate dal *de cuius* precedentemente alla data di presentazione della tardiva richiesta di trascrizione da parte del coniuge superstite³².

3. Argomenti a sostegno

La Circolare del Ministero di Grazia e Giustizia del 26 febbraio 1986, recante *Istruzioni agli ufficiali dello Stato civile per l'applicazione, allo stato, dell'art. 8, n. 1, dell'Accordo fra la Repubblica Italiana e la Santa Sede, ratificato con legge 25 marzo 1985, n. 121*, apre una prima breccia nel fronte dottrinale e giurisprudenziale che sostiene l'impossibilità ad operare la trascrizione *post mortem* del matrimonio canonico, prescrivendo la sua concessione *ove sia stata richiesta da entrambi i coniugi prima del decesso* (n. XIV). Tale disposizione consente di superare le prime due obiezioni, fondate sul presupposto logico secondo il quale l'esistenza in vita dei coniugi rappresenti la condizione essenziale per la trascrizione³³.

³¹ Tribunale di Catania, sentenza 7 ottobre 1989, in *Giurispr. merito*, 1990, p. 543; Tribunale di Verona, sentenza 14 marzo 1996, in *Giurispr. merito*, 1996, p. 995.

³² Tribunale di Milano, sentenza 27 aprile 2005, in www.olir.it. Va sottolineato che nello svolgimento del procedimento – avente ad oggetto una donazione sottoposta alla seguente condizione: “la donataria dovrà provvedere, prima di accettare la presente donazione, alla trascrizione nei registri dello stato civili del matrimonio canonico celebrato...in data...” – il Pubblico ministero ha concluso per il rigetto delle domande attore consistenti nel sentir dichiarare la nullità, l'inefficacia e l'inesistenza della trascrizione postuma del matrimonio. Inoltre, in tal senso si era espresso anche l'incaricato al parere *pro veritate*, per il quale la casistica giurisprudenziale è “incentrata sull'assenza di adeguate forme relativamente alla espressione del consenso all'attribuzione di effetti civili al proprio matrimonio canonico da parte del coniuge poi deceduto”. In tal caso il notaio rogante aveva personalmente raccolto le dichiarazioni del donante in ordine alla necessità della trascrizione *post mortem* del matrimonio, già avvenuto, al fine della validità dell'atto, e aveva conseguentemente inserito nel contratto la formula della condizione quale “veste giuridica appropriata”. La donazione conteneva la seguente condizione (sospensiva): “3) Qualora la trascrizione non avvenga la presente donazione si intenderà come mai avvenuta”. In conclusione, è stata dichiarata la nullità della trascrizione, con consequenziale nullità della donazione e della successiva accettazione effettuata dal coniuge superstite al notaio.

³³ Trib. Roma, 30 luglio 1990, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1, 1990, p. 684.

Orbene, nessun problema pone la trascrizione tempestiva *post mortem*, avendo entrambi i coniugi manifestato il proprio consenso durante la celebrazione religiosa apponendo la seconda firma sull'atto di matrimonio, ed autorizzando così il parroco ad inoltrare la relativa istanza all'ufficiale dello stato civile. In tal caso sarà possibile procedere alla trascrizione su istanza del parroco anche qualora *medio tempore* tra la celebrazione e la trascrizione si verifichi la morte di uno o di entrambi i coniugi³⁴.

Maggiori riflessioni sono invece necessarie relativamente alla trascrizione tardiva *post mortem*, qualora i coniugi si siano avvalsi della dispensa, concessa dall'Ordinario del luogo, dall'obbligo del riconoscimento agli effetti civili assicurato dal Concordato³⁵, e non abbiano poi provveduto a presentare istanza di trascrizione all'ufficiale dello stato civile quando ancora entrambi in vita.

Nulla quaestio qualora venga formulata istanza congiunta di trascrizione tardiva, dovendo l'ufficiale di stato civile procedere alla trascrizione del relativo atto anche se durante lo svolgimento degli adempimenti si verifichi il decesso di uno o entrambi i coniugi. In senso positivo si pone la dottrina anche nell'ipotesi in cui la richiesta di trascrizione provenga da uno solo dei coniugi in forma esplicita con la conoscenza e senza l'opposizione dell'altro, premorto all'atto di trascrizione ma ancora in vita al momento della presentazione dell'istanza stessa all'ufficiale dello stato civile³⁶.

Maggiori difficoltà emergerebbero, invece, quando l'istanza di trascrizione venga formulata da uno solo dei coniugi unitamente ad una dichiarazione di conoscenza e non opposizione dell'altro destinata ad avere efficacia successivamente alla sua morte, non essendo la sola mancata opposizione di per sé sufficiente (Circ. min., XIV). In tale ipotesi, nodo nevralgico da

³⁴ SANDRO GHERRO, MANLIO MIELE, *op. cit.*, p. 91, argomentando in tema di trascrizione tardiva, sostengono che il parroco, qualora vi sia stato l'adempimento di tutte le prescrizioni concordatarie, unitamente alla richiesta di trascrizione formula in occasione della celebrazione, "possa (o anzi debba) richiedere la trascrizione qualora abbia omesso di procedere tempestivamente per negligenza o per qualsiasi altro motivo indipendentemente dalla volontà dei coniugi o di uno di essi essendo, probabilmente, in questo caso cura (onere) dell'ufficiale dello stato civile di accertare l'effettiva situazione. Negli altri casi (mancanza originaria o sopravvenuta della volontà ad hoc di ambedue coniugi) la richiesta di trascrizione tardiva del parroco è del tutto inefficace, né costituisce fondamento per una valida trascrizione". Inoltre, GENNARO FRANCIOSI, RAFFAELE PICARO, *Matrimonio e filiazione*, Utet, Torino, 2000, p. 43 sostengono che in caso di ritardo – ossia oltre i cinque giorni previsti – della trasmissione dell'originale dell'atto di matrimonio da parte del parroco per negligenza, questi "risponderà degli eventuali danni nei confronti dei coniugi".

³⁵ CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA, D.G.M.C., nn. 1, § 2, 40, 41 e 42.

³⁶ SARA DOMIANELLO, *I matrimoni "davanti a ministri di culto"*, in PAOLO ZATTI (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia. Famiglia e matrimonio*, I/1, Giuffrè, Milano, 2002, p. 445 ss., ritiene però inammissibile la trascrizione tardiva *post mortem* al di fuori di questa ipotesi.

sciogliere consiste nel ricercare gli strumenti operativi concreti mediante i quali il soggetto potrebbe esprimere “ora per allora” la propria *conoscenza e non opposizione* alla trascrizione, veicolando in tal modo il proprio diritto di libertà religiosa mediante un atto che profondamente coinvolge la propria dimensione esistenziale.

Anche in questo caso, in assenza di una legge di attuazione, svolge un ruolo integrativo la succitata Circolare, la quale assegna all’ufficiale dello stato civile l’obbligo di “acquisire piena sicurezza sulla chiara ed esplicita volontà di entrambi i coniugi di conferire effetti civili al loro matrimonio, ricevendo lui stesso le loro istanze, orali o scritte, accertando di queste la provenienza e l’effettivo contenuto e redigendo al riguardo apposito processo verbale; rifuggirà in ogni caso dall’indursi a interpretare in un senso o nell’altro il comportamento dei coniugi, o espressioni, orali o scritte, sia pure da loro provenienti, dubbie ed equivoche” (Circ. min., XIII).

In presenza di tale disposizione, avente il fine di evitare eventuali abusi della normativa concordataria per fini ad essa estranei, pienamente condivisibile appare l’individuazione in un “regolare testamento” dello strumento concreto mediante il quale il coniuge defunto avrebbe potuto esprimere, *ex art. 587, comma 2, del codice civile*, la propria *conoscenza e la non opposizione* alla trascrizione del matrimonio canonico ad opera dell’altro coniuge. Tale ipotesi viene, infatti, ritenuta “assolutamente plausibile, in quanto un consenso manifestato attraverso un veicolo giuridico idoneo, è forse sufficiente a suffragare l’ipotesi della *non opposizione*”³⁷, ed eventualmente anche della *conoscenza* effettiva della volontà dell’altro coniuge a trascrivere il matrimonio canonico nei registri di stato civile qualora non sarà più in vita.

Tale prospettiva ermeneutica salvaguarderebbe la volontà del *de cuius*, ritenuta “bene primario”³⁸, e nella cui interpretazione “si deve avere riguardo alla volontà genuina ed intima del testatore, che è preminente sul significato letterale delle disposizioni scritte e risale al concetto, al quale la manifestazione si deve ritenere ispirata”³⁹.

In ogni caso, la volontà così manifestata, per soddisfare pienamente quanto l’ufficiale di stato civile ha il dovere di verificare, dovrà essere chiara, esplicita e di certa provenienza.

³⁷ ANTONIO FUCILLO, *Attribuzioni patrimoniali e libertà individuali tra famiglia legittima, famiglia naturale e multireligiosità*, cit., p. 279. In tal senso anche, FELICE CENTINEO CAVARRETTA, *Sulla trascrizione “post mortem” del matrimonio canonico dopo l’accordo del 1984*, in *Dir. Eccl.*, 2, 2002, p. 12.

³⁸ ANTONIO FUCILLO, *ult. op. cit.*, p. 278.

³⁹ EMILIO BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Utet, Torino, 1960, p. 336 ss.

Va, dunque, sottolineato che già in altri ambiti coinvolgenti la dimensione esistenziale e la coscienza della persona, il testamento viene indicato quale strumento mediante il quale esprimere efficaci e valide manifestazioni di volontà a contenuto non patrimoniale: riconoscimento del figlio naturale (art. 284 c.c.), legittimazione del figlio naturale (art. 245 c.c.), disposizioni a favore dell'anima (art. 629 c.c.), confessione stragiudiziale (art. 2735 c.c.), cremazione e dispersione delle ceneri (l. 30 marzo 2001, n. 130, art. 3), consenso alla donazione degli organi (l. 1 aprile 1999, n. 91) e *ius eligendi sepulcrum*.

Da ciò che il testamento può certamente diventare “un luogo di espressione della libertà religiosa dell'individuo, nel momento in cui affronta e risolve le questioni giuridiche legate alla propria morte, momento fisiologico al quale il sentimento di religiosità dell'individuo è sempre indissolubilmente legato”⁴⁰.

Non condivisibile appare, quindi, il diniego di conferire al negozio testamentario il ruolo di strumento concreto mediante il quale esprimere la conoscenza e la non opposizione alla trascrizione del matrimonio, operato sostenendo che “una disposizione di tale tipo, contenuta in un testamento, non può essere considerata consentita dalla legge (art. 587, comma 2, c.c.), perché non espressamente prevista”⁴¹. Tali argomentazioni, infatti, non tengono conto che il “primato della coscienza”⁴², unitamente alla centralità dei desideri ultimi della persona, ha sottoposto ad una notevole flessione ermeneutica l'art. 587, comma 2, c.c., ammettendo anche dichiarazioni di volontà non previste dalla legge: il c.d. testamento biologico o *living will*⁴³, oltre a non essere normato, rappresenta il caso emblema del *trend* in base al quale “il contenuto non patrimoniale del testamento ha via via assunto maggior rilievo rispetto al contenuto patrimoniale”⁴⁴.

Va poi ritenuta erronea l'affermazione secondo la quale la trascrizione

⁴⁰ ANTONIO FUCILLO, *L'attuazione privatistica della libertà religiosa*, cit., p. 115.

⁴¹ Per tutti cfr. FRANCESCO FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, cit., p. 453.

⁴² In tema si rinvia ampiamente a GIUSEPPE DALLA TORRE, *Il primato della coscienza. Laicità e libertà nell'esperienza giuridica contemporanea*, Studium, Roma, 1992. Sempre in tema di coscienza, GIUSEPPE DALLA TORRE, *Il fattore religioso nella Costituzione. Analisi e interpretazioni*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 73, parla anche di “normatività della coscienza”.

⁴³ MASSIMO PRODIGO, *Testamento biologico, famiglia e libertà religiosa*, in ANTONIO FUCILLO (a cura di), *Unioni di fatto, convivenze e fattore religioso*, cit., p. 136, definisce il testamento biologico “una manifestazione di volontà con la quale un soggetto, sottraendo al medico un suo potere discrezionale, detta disposizioni circa il cosiddetto accanimento terapeutico, nominando un fiduciario che renda edotti i medici di detta volontà”.

⁴⁴ MASSIMO PRODIGO, *op. cit.*, p. 136.

post mortem sia espressamente vietata dalla legge⁴⁵, poiché né la già citata Circolare ministeriale, né l'Accordo di Villa Madama del 1984, né la l. 27 maggio 1929, n. 847 – *Disposizioni per l'applicazione del Concordato dell'11 febbraio 1929 fra la Santa Sede e l'Italia, nella parte relativa al matrimonio* –, indicano tra gli impedimenti alla trascrizione tardiva la non esistenza in vita dei coniugi.

In merito a tale problematica si è pronunciata anche la Corte d'Appello di Catania adducendo che “la richiesta di trascrizione *post mortem* non è incompatibile con la norma dell'Accordo, neanche nel caso che la conoscenza e la non opposizione non risultino da dichiarazioni acquisite agli atti dall'ufficiale dello stato civile; o se si riferiscono ad una futura richiesta di trascrizione, quando di essa il coniuge abbia manifestato in modo serio ed univoco l'intento”⁴⁶. Parte della dottrina ha fatto sue tali argomentazioni⁴⁷.

L'abrogazione dell'art 14 l. m. nella parte in cui consente a *chiunque vi abbia interesse* di richiedere la trascrizione del matrimonio qualora venga inizialmente omessa, per incompatibilità con il rinnovato assetto concordatario, che riconosce tale potere esclusivamente ai coniugi, non travolgerebbe la disposizione nella parte in cui dispone che ciò possa avvenire *in ogni tempo*, dovendosi distinguere l'elemento soggettivo da quello temporale.

In tale prospettiva verrebbe attribuito alla giurisprudenza il delicato compito di verificare nel singolo caso, di volta in volta, quale sia stata l'effettiva volontà del coniuge defunto eventualmente contenuta in atti di varia natura.

Non manca, poi, chi si è dichiarato propenso “ad interpretare la normativa in modo non eccessivamente rigoroso; nel senso di consentire la prova con qualsiasi mezzo della conoscenza e della non opposizione dell'altro coniuge, e nel senso di ammettere la trascrizione tardiva anche quando la volontà del coniuge sia stata manifestata chiaramente (per es. in un testamento o in altro atto non sospetto) prima della morte o della perdita della sua capacità di intendere e di volere”⁴⁸; ovvero sostiene che “l'Accordo di modificazione ripropone la costruzione del matrimonio concordatario delineata nel 1929,

⁴⁵ Tribunale di Milano, sentenza 27 aprile 2005, in www.olir.it.

⁴⁶ Corte d'Appello di Catania, decreto 16 maggio/31 maggio 1990.

⁴⁷ PAOLO URSO, *op. cit.*, p. 254 ss.

⁴⁸ FERNANDO SANTOSUOSSO, *Il matrimonio*, Utet, Torino, 1989, p. 167 ss. In senso favorevole anche SANDRO GHERRO, MANLIO MIELE, *op. cit.*, p. 92, i quali esprimono riserve alla chiusura operata dalla Corte di Cassazione (sentenza 12 luglio 2002, n. 10141), la quale dichiara “illegittima la trascrizione *post mortem* del matrimonio canonico richiesto dopo l'entrata in vigore della normativa che ha modificato il Concordato lateranense”.

giacché ripete, nella loro essenza, le regole relative alla trascrizione⁴⁹.

Tale argomentazione, non esente da critiche⁵⁰, ha consentito di individuare, oltre al testamento, ulteriori strumenti mediante i quali la conoscenza e la non opposizione alla trascrizione del matrimonio canonico possano essere manifestate con l'intento di operare *post mortem*: donazione con effetti sospensivamente condizionati alla morte del donante⁵¹ e contratto a favore del terzo (es. il c.d. "vitalizio" ed il contratto di mantenimento), nei quali la trascrizione del matrimonio canonico successivamente alla morte del soggetto – donante o disponente – costituisce ulteriore condizione sospensiva.

Dalla casistica giurisprudenziale si rileva un ulteriore tipologia di atto impiegato con effetto integrativo dell'istanza di trascrizione tardiva *post mortem*: il ricorso da parte del coniuge superstite ad una dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà, da lui sottoscritta, attestante che l'altro coniuge aveva in vita ripetutamente manifestato l'intenzione di ottenere la trascrizione del matrimonio canonico⁵². In tal caso, però, non appare condivisibile la soluzione adottata, in quanto la non provenienza della dichiarazione dal coniuge deceduto ridurrebbe la relativa istanza di trascrizione ad un mero atto unilaterale⁵³.

In ogni caso i coniugi devono aver conservato ininterrottamente lo *status libertatis* dal momento della celebrazione a quello della richiesta di trascrizione, la cui efficacia retroattiva opererebbe entro il limite dei *diritti legittimamente acquisiti dai terzi* (art. 8.1, comma 6, Accordo 1984), al fine di tutelarne la buona fede ed i relativi interessi⁵⁴.

⁴⁹ SANDRO GHERRO, *L'Accordo di modificazione e il matrimonio concordatario*, in GIUSEPPE DALLA TORRE (a cura di), *La revisione del Concordato*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1985, p. 128.

⁵⁰ ANTONIO VITALE, *op. cit.*, p. 382, sostiene che ciò potrebbe aprire la strada ad ogni sorta di abuso.

⁵¹ In tal caso, il Tribunale di Milano, sentenza 27 aprile 2005, in www.olir.it, si è espresso, però, negativamente in merito alla trascrizione.

⁵² In tal caso, il Tribunale di Macerata, ordinanza 7 novembre 1988, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1, 1990, p. 678 ss., si è espresso positivamente alla trascrizione.

⁵³ FRANCESCO GAZZONI, *op. cit.*, p. 257 ss., reputa "aberrante" che in caso di matrimonio civile gli effetti possano scaturire solo da un accordo, mentre in caso di matrimonio concordatario essi possono seguire ad una manifestazione unilaterale di volontà collegata ad un mero silenzio.

⁵⁴ Cfr. ANTONIO VITALE, *op. cit.*, p. 382.

4. *Profili comparativi*

Dalla lettura dei Concordati e degli Accordi generali sottoscritti dalla Santa Sede, si rileva la grande attenzione prestata al riconoscimento degli effetti civili al matrimonio celebrato secondo le norme del diritto canonico, regolamentando minuziosamente il procedimento di trascrizione – iscrizione o registrazione –, e prevedendone talvolta anche la possibilità di procedervi in un momento successivo alla morte di uno o entrambi i coniugi.

Sulla scia dei Patti lateranensi sottoscritti tra la Santa Sede e l'Italia nel 1929, la trascrizione *post mortem* esordirà in forma esplicita nel Concordato sottoscritto con la Repubblica Portoghese⁵⁵, nel quale viene sancito che “non osta alla trascrizione la morte di uno o di ambedue i coniugi” (art. 23, comma 2). Inoltre, è previsto che qualora la trascrizione non venga effettuata entro 7 giorni dalla celebrazione gli effetti relativamente ai terzi verranno prodotti solo a cominciare dalla data della trascrizione (art. 23, comma 1). Tale impianto normativo sarà riprodotto puntualmente all'art. 14, comma 1 e 2, del Concordato sottoscritto tra le stesse parti il 18 maggio 2004.

Tale riconferma non sarà invece effettuata nel caso della Spagna. Il Concordato del 1953, infatti, nel riconoscere pieni effetti civili al matrimonio celebrato secondo le norme del diritto canonico⁵⁶, sanciva che “non sarà ostacolo alla trascrizione la morte di uno o di entrambi i coniugi”⁵⁷, unitamente alla tutela dei diritti legittimamente acquisiti dai terzi. Tali norme non saranno poi riprodotte nell'Accordo del 1979⁵⁸, il cui art. VI pur riconoscendo gli effetti civili mediante l'iscrizione nel Registro civile, impone quale limite temporale per la sua effettuazione, a carico del Parroco, il termine di cinque giorni, mentre nulla è disposto nel Protocollo finale (circa l'art. VI, 1) in merito alla morte dei coniugi. Pertanto, abrogato l'art. XXIII del Concordato del 1953 ex art. VIII del nuovo Accordo, deve concludersi che l'attuale sistema concordatario spagnolo non consente la trascrizione *post mortem*.

Posizione favorevole è, invece, assunta nel Concordato del 1954 sottoscritto tra la Santa Sede e la Repubblica Domenicana, nel quale, oltre a riconoscere pieni effetti civili a tutti i matrimoni celebrati secondo le norme del diritto

⁵⁵ Concordato tra la Santa Sede e la Repubblica Portoghese, firmato il 7 maggio 1940, in AAS, 32, (1940), p. 217-223.

⁵⁶ Concordato tra la Santa Sede e la Spagna, art. XXIII, in AAS, 45, (1953), p. 625-656.

⁵⁷ Concordato tra la Santa Sede e la Spagna, Protocollo finale, Circa l'art. XXIII, in AAS, 45, (1953), p. 625-656.

⁵⁸ Accordo tra la Santa Sede e la Spagna, AAS, 72, (1980), p. 29-62.

canonico (art. XV), si sancisce che “nulla osta alla trascrizione la morte di uno o di entrambi i coniugi”⁵⁹.

In tal senso anche il Concordato con la Repubblica di Colombia, a norma del cui Protocollo finale (circa l’art. VII) “la morte di uno o di entrambi i coniugi non sarà di ostacolo a detta iscrizione”⁶⁰. Tale disposizione non verrà però riprodotta nell’Accordo di modifica al Concordato del 1973, firmato il 20 novembre 1992.

Diversi criteri di ingegneria legislativa risultano invece impiegati nella redazione della Convenzione sugli effetti civili del matrimonio canonico e delle relative decisioni ecclesiastiche, sottoscritto tra la Santa Sede e la Repubblica di Malta⁶¹, ai sensi della quale è dovere del Parroco trasmettere l’atto di matrimonio al Registro Pubblico entro cinque giorni utili dalla celebrazione per la debita trascrizione (art. 2, comma 1), ovvero di effettuarla al più presto possibile (art. 2, comma 2). La possibilità di trascrivere il matrimonio in un momento successivo alla morte di uno dei coniugi è resa possibile mediante una più ampia interpretazione dell’art. 2, comma 2, ai sensi del quale “le parti, anche una di esse, hanno sempre il diritto di chiedere la trasmissione. La trasmissione tardiva non osta alla trascrizione”.

Diverso modello di scrittura normativa si rinviene, invece, nell’Accordo sottoscritto dalla Santa Sede con la Repubblica di Lettonia⁶², nel Concordato con la Repubblica di Polonia⁶³, nell’Accordo la Repubblica di Croazia circa le questioni giuridiche⁶⁴ e nell’Accordo con la Repubblica Slovacca⁶⁵, nei quali, in materia di trascrizione, viene sancito il rinvio al diritto interno.

Dalla loro lettura emerge quale sia in tema l’orientamento *ex parte Ecclesiae*, volto a non relegare l’istituto della trascrizione a ruolo di mero “raccordo tecnico”⁶⁶ tra i due ordinamenti, con funzione di pubblicità nell’ambito statale, evidenziandone l’indissolubile connessione funzionale ai desideri ed

⁵⁹ Concordato tra la Santa Sede e la Repubblica Domenicana, Protocollo finale (circa l’art. XV), in AAS, 46, (1954), p. 433-457.

⁶⁰ Concordato tra la Santa Sede e la Repubblica di Colombia, Protocollo finale (circa l’art. VII), in AAS, 67, (1975), p. 421-434.

⁶¹ Convenzione sugli effetti civili del matrimonio canonico e delle relative decisioni ecclesiastiche, sottoscritto tra la Santa Sede e la Repubblica di Malta, in AAS, 89, (1997), p. 679-694.

⁶² Accordo tra la Santa Sede e la Repubblica di Lettonia, sottoscritto l’8 novembre 2000, non ancora ratificato.

⁶³ Concordato tra la Santa Sede e la Repubblica di Polonia, in AAS, 90, (1998), p. 310-329.

⁶⁴ Accordo tra la Santa Sede e la Repubblica di Croazia, in AAS, 89, (1997), p. 277-302.

⁶⁵ Accordo base tra la Santa Sede e la Repubblica Slovacca, in AAS, 93, (2001), p. 136-155.

⁶⁶ VINCENZO DEL GIUDICE, *Il matrimonio nel diritto canonico e nel diritto concordatario italiano*, Giuffrè, Milano, 1946, p. 96.

alle esigenze religiose della persona.

Inoltre, l'impiego della lente del comparatista in quest'ambito potrebbe contribuire ad una migliore ermeneutica del singolo impianto normativo concordatario⁶⁷. La comparazione, infatti "consente di conoscere non soltanto le esperienze straniere, ma anche più approfonditamente il proprio ordinamento"⁶⁸, il quale apparirà in una diversa prospettiva, facendo scoprire nuovi aspetti e mitigando, talvolta, dibattiti dottrinali relativi a temi non pacifici, attraverso la delineazione di soluzioni più idonee ed efficaci.

È questo sicuramente il caso dell'art. 8 dell'Accordo di Villa Madama sottoscritto tra Santa Sede e Repubblica Italiana il 18 febbraio 1984, in prospettiva della sostenibilità della trascrizione *post mortem* del matrimonio canonico nei registri di stato civile, ed in attesa di una nuova legge matrimoniale⁶⁹, pur non mancando obiezioni alla comparabilità del "caso Italia"⁷⁰.

⁶⁷ Cfr. GIUSEPPE DALLA TORRE, PAOLO CAVANA, *Conoscere il diritto ecclesiastico*, Studium, Roma, 2006, p. 185.

⁶⁸ LEOTIN-JEAN COSTANTINESCO, *Il metodo comparativo*, in ANTONINO PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Sistemi Giuridici Comparati*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 261.

⁶⁹ MARIO TEDESCHI, *Attualità e caducità del concordato*, in ID., *Studi di diritto ecclesiastico*, Jovene, Napoli, 2004, p. 72, sostiene che la nuova legge matrimoniale non sarà più varata.

⁷⁰ TARCISIO BERTONE, *Il rapporto giuridico tra Chiesa e comunità politica*, in GRUPPO ITALIANO DOCENTI DI DIRITTO CANONICO (a cura di), *Il diritto nel mistero della Chiesa*, III, Lateran University Press, Roma, 2004, p. 672.

*Le religioni come valori e il diritto sanitario**

ROBERTA SANTORO

Oggi il rapporto tra lo Stato e la religione vive una stagione di forte evoluzione, dovuta ad una serie di fattori esterni e interni all'ordinamento italiano.

Innanzitutto, è mutata profondamente, nel corso degli ultimi due decenni, la percezione del ruolo della religione all'interno della società; difatti, il fenomeno religioso è tornato alla ribalta della storia e della politica, non solo italiana ma mondiale, per una serie di simultanei fattori, tra cui l'irreversibile crisi e il fallimento delle ideologie considerate secolari, il rilancio a livello internazionale della rilevanza pubblica della fede religiosa, grazie anche all'eccezionale figura del Pontefice Giovanni Paolo II, ed infine l'ascesa dell'Islam e anche del suo fondamentalismo nei Paesi del Medio Oriente: tutti fattori che hanno svelato, sia pur con risultati opposti, il terribile potenziale rivoluzionario della religione anche sui sistemi politici ed economici.

Del resto, come evidenziano da tempo i sociologi, in Occidente la secolarizzazione, pur determinando l'abbandono progressivo a valori e riferimenti etici tradizionali, tra cui quelli religiosi, così come trasmessi dalle generazioni precedenti, non ha in realtà soffocato il bisogno di trascendenza, anzi ha esaltato la dimensione soggettiva e di esperienza personale della fede religiosa a scapito dei suoi profili istituzionali e dogmatici.

I. Premessa

L'insieme di questi fattori, uniti ai processi migratori e alla diffusione, sempre maggiore, dell'Islam nei Paesi occidentali, hanno fortemente inciso

* Il Presente lavoro riproduce la relazione presentata alla II Giornata su "Salute e Immigrazione. Multiculturalismo e medicina: contrappunti Bioetici e Giuridici", Bari, 30 marzo 2007.

sul ruolo e sull'autocoscienza delle stesse confessioni religiose.

In Italia, il totale superamento del principio confessionista ed al contempo in Europa il declino del sistema delle Chiese di Stato, e l'insediamento di nuove religioni e culture con una forte carica identitaria «hanno indotto le confessioni religiose “di minoranza” ed i loro fedeli a passare dalla tradizionale rivendicazione dell'uguaglianza di trattamento o parità dei culti, secondo l'istanza tipica della transizione da una società religiosamente omogenea ad altra di carattere multiconfessionale, a quella della tutela della propria identità o diversità, conferendo al diritto di libertà religiosa contenuti più propositivi e rivendicativi rispetto alla mera affermazione della non interferenza dello Stato in materia religiosa».

L'appartenenza confessionale non è più valutata negli ordinamenti contemporanei come un fatto solo privato, da far rientrare nella sfera della coscienza individuale; considerata come fenomeno non più di massa, ma frutto dell'interiorizzazione di una forte esperienza di fede personale.

II. *Premessa*

«La religione è tornata ad essere uno dei fattori principali di identificazione culturale e sociale a livello personale e di aggregazione a livello collettivo, di cui lo Stato sociale non può non tenere conto anche nell'erogazione dei propri servizi e nella determinazione delle politiche pubbliche».

Il pluralismo religioso che si è andato realizzando nelle società occidentali ha raggiunto un buon equilibrio fino a quando si è sviluppato all'interno dell'orizzonte comprensivo delle confessioni tradizionali conosciute dal nostro habitat geopolitico. Queste confessioni, per quanto possano essere in competizione tra loro, condividono i valori fondamentali che hanno contribuito a formare la storia e la civiltà dei diversi ordinamenti, e trovano agevolmente in un regime di libertà religiosa le condizioni e gli strumenti per una positiva coesistenza. Il quadro comincia a modificarsi quando, a seguito di rilevabili mutamenti nella stratificazione della popolazione, cominciano a radicarsi gruppi sociali che traggono la propria identità da etnie, culture e religioni diverse e lontane rispetto a quelle tradizionali. Questi gruppi sociali non chiedono più soltanto il rispetto della propria fede religiosa, ma tendono a riprodurre, al proprio interno, comportamenti, usi, costumi, del tutto nuovi per il Paese ospitante ed, in alcuni casi, contrastanti con quei valori di base che costituiscono l'identità dell'area nella quale essi stanno inserendosi. Il problema della multiculturalità e multietnicità consiste nel conciliare i valori tradizionali con i comportamenti, gli usi, i costumi, che inizialmente possono

essere sentiti come alieni, e nel respingere quelle pratiche comportamentali che contrastano in modo irreparabile con elementari principi di civiltà.

Va precisato che in Italia il problema del multiculturalismo non nasce solo perché si vanno radicando religioni tipiche di altre aree geografiche, anche molto lontane. Ad esempio, non nasce con il buddismo che si integra assai agevolmente nel nostro sistema di valori fondamentali, e non nasce nemmeno con l'approdo di qualche nuovo movimento religioso più o meno strambo. Il problema nasce quando insieme all'elemento religioso, o a causa dell'elemento religioso, emerge una differenziazione di costumi e tradizioni così forte da incidere su quelle basi di valori condivise che sorreggono il nostro ordinamento, e che sono parte integrante degli ordinamenti occidentali.

Rapporto Laicità dello Stato

In tale prospettiva, di fronte ai mutamenti creati dal crescente carattere multi-etnico della società, anche il tema della laicità dello Stato tende ad assumere nuovi contenuti. Da una parte, emerge con urgenza la volontà di riaffermare la separazione tra politica e religione, evitando e, se è il caso, contrastando le direttive fondamentaliste di matrice islamica o neo confessioniste; dall'altro, appare evidente la necessità di conciliare il carattere laico delle istituzioni con la tutela dell'identità culturale, e quindi anche religiosa, dei singoli individui (da cui la particolare rilevanza della questione dei simboli religiosi) e con il crescente pluralismo confessionale, con riferimento a quei servizi e strutture pubbliche all'interno delle quali l'individuo sviluppa la propria personalità.

Un elemento di sicuro e, forse, una primaria incidenza sull'evoluzione attuale del diritto statale, in materia religiosa, è dato dal crescente carattere multi-etnico e pluriconfessionale della nostra società, ciò che va sotto il nome di multiculturalità o multiculturalismo.

Cos'è il multiculturalismo?

Occorre non confondere la problematica del pluralismo religioso che può essere affrontata in maniera più o meno esaustiva dalla legislazione ecclesiastica, con la problematica del multiculturalismo che sollecita, insieme ad interventi di carattere inibitorio, anche una riflessione sui termini di compatibilità che l'ordinamento può elaborare.

Si tratta di un fenomeno nuovo, sostanzialmente diverso da quello designa-

to con il termine pluralismo religioso. Quest'ultimo rappresenta la proiezione nei rapporti sociali dell'affermazione del tradizionale diritto di libertà religiosa; la multiculturalità è, invece, l'esperienza di una diversità sul piano culturale, che si esprime in differenti usi e comportamenti concreti di origine etnica e/o religiosa, apparentemente non ricomponibile attorno a valori condivisi o ad una memoria storica comune ad essa. Essa è originata dalla convivenza, talora forzata, di individui e comunità appartenenti a culture profondamente diverse da quelle della comunità ospitante, e che all'interno di quest'ultima si propongono di continuare a vivere secondo i propri principi e tradizioni, anche se talora in contrasto con i valori di base che reggono la prima.

Si pensi, ad esempio, alle problematiche indotte dalla diffusione dell'Islam in Italia e in Europa, alla pretesa superiorità dell'uomo rispetto alla donna e ai suoi effetti nei rapporti familiari e (matrimoni misti) sull'educazione religiosa dei figli, alla commistione quanto mai stretta tra religione-politica e diritto, come pure alla rigida concezione dell'appartenenza confessionale, che non consente al fedele mussulmano di cambiare religione, rendendosi reo in caso contrario del delitto di apostasia, che in molti Paesi di tradizione islamica risulta tuttora sanzionato con pene severe; l'istituto della poligamia (richiesta di riconoscimento di essa) e del ripudio della moglie da parte del marito, o determinati usi e tradizioni proprie della cultura da cui si proviene: tutti argomenti che rappresentano nell'opinione pubblica altrettanti motivi di diffidenza, insieme ad altri derivanti da preoccupazioni per la sicurezza pubblica, che fino ad oggi ha impedito la stipulazione di un eventuale intesa con le comunità islamiche, pur rappresentando la 2° religione in Italia.

All'origine di questi fenomeni vi sono i massicci flussi immigratori da Paesi poveri, soprattutto dell'area medio orientale e nordafricana, che portano individui, talora intere comunità, a trasferirsi in contesti socio-culturali, quelli europei, molto lontani da quelli di origine e talora percepiti storicamente come antagonisti rispetto al proprio modello di civiltà, producendo difficoltà di integrazione, situazioni di emarginazione sociale e l'allentarsi dei vincoli di solidarietà all'interno del Paese ospitante per la difficoltà di riconoscersi come membri di una sola comunità.

Tutto ciò si riflette nell'esperienza giuridica e sull'evoluzione dell'ordinamento.

In particolare, per quanto concerne la disciplina statuale del fenomeno religioso, il multiculturalismo pone una duplice esigenza: da un lato, quella di conciliare i valori tradizionali con i comportamenti, gli usi, i costumi, che inizialmente possono essere sentiti come alieni, sulla base di un'attenta riflessione sui termini di compatibilità che l'ordinamento può elaborare; dall'altro, quella di respingere quelle pratiche comportamentali che contrastano

in modo irreparabile con elementari principi di civiltà, pur se rivendicate in nome della propria religione.

Si dice che non si riesce a percepire il dato multiculturale, ma non è così, secondo il Rapporto Caritas 2006 alla fine del 2005 gli immigrati erano 3.035.000. L'Italia si colloca così, accanto ai grandi Paesi europei di immigrazione: Germania (7.287.980), Spagna (3.371.394), Francia (3.263.186) e Gran Bretagna (2.857.000). L'aumento degli immigrati in Italia è aumentato grazie sia ai nuovi arrivi (187.000) che alle nascite di figli di cittadini stranieri (52.000).

Il crescente flusso migratorio, aumentato negli ultimi anni a causa di differenti spinte motivazionali, ha trovato il nostro Paese alquanto impreparato. Tutto ciò ha comportato una serie di problematiche di ordine pubblico anche dal punto di vista sanitario, alimentando un dibattito in riferimento alla regolamentazione del fenomeno, in considerazione del fatto che il nostro territorio rappresenta una porta d'ingresso per l'Europa.

L'area di problematicità investe, soprattutto, il campo della salute degli individui e della comunità in relazione a tutte quelle patologie di cui gli stranieri sono portatori, mettendo, in tal modo, scompiglio nella società che li ospita in quanto trattasi, non di rado, di patologie poco conosciute, e soprattutto, per il fatto che spesso le cure non risultano condivisibili con la religione di appartenenza. Inoltre, gli immigrati più frequentemente ricorrono alle cure sanitarie perché contraggono le cosiddette patologie da immigrazione, ovvero si tratta di patologie che gli stranieri contraggono successivamente al loro arrivo nel Paese che li ospita, per le difficoltà di adattamento alle condizioni ambientali, ai diversi modi di vita, ai diversi costumi alimentari e alla diversa realtà socio-culturale. Ciò comporta, dunque, la necessità di adottare il sistema medico assistenziale alle necessità culturali, spirituali e religiose degli immigrati, ai quali il nostro ordinamento riconosce esistere il diritto alla identità.

Concretizziamo il problema

Il problema si concretizza nel verificare ed esaminare se e in quale misura, salvaguardando le diverse culture e religioni, sia possibile tracciare un mondo di coesistenza. La propagazione di nuovi movimenti religiosi, il conseguente diffondersi di pratiche e convincimenti alquanto originali e, soprattutto, sconosciuti alla nostra tradizione possono provocare dei forti contrasti tra norme penali e sentimenti diffusi a livello confessionale. Tuttavia, prima ancora che il conflitto tra religione e cure sanitarie acquistasse nuova rilevanza a causa dei flussi migratori di persone appartenenti ad altre religioni non tradizionali

della cultura del nostro Paese, il fenomeno era conosciuto come problema posto da alcune religioni di minoranza, diverse dalla cattolica.

Un tipico caso di conflitto è quello dell'accettazione o del rifiuto di determinati trattamenti sanitari. Il nostro ordinamento fa divieto di imporre trattamenti sanitari di sorta a chiunque (sempre nel pieno possesso delle proprie facoltà) non sia consenziente, e quindi ammette che una persona adulta possa rifiutare tali trattamenti anche quando sia in pericolo la propria salute e la propria vita. Ma non ammette che quanti hanno la potestà su minori possano rifiutare quei trattamenti e quelle cure che sono necessarie per la vita e la salute dei minori stessi.

Un problema su cui si è dibattuto molto è il caso del rifiuto di emotrasfusioni da parte dei Testimoni di Geova, i quali basandosi su di un passo delle Sacre Scritture, si dichiarano contrari all'uso del sangue per finalità terapeutiche. In base al principio costituzionale inerente il diritto alla salute, bisogna concludere che, mancando un obbligo legislativamente previsto di sottoporsi alle trasfusioni, il loro rifiuto deve ritenersi legittimo. Tuttavia, all'interno delle strutture ospedaliere le risposte al rifiuto di trasfusioni non sempre sono state conseguenziali e spesso il conflitto di coscienza del medico di fronte alle resistenze del paziente si risolveva in atti autoritativi per preservare la salute dell'assistito. Di fronte ai dinieghi prevaleva la decisione di proteggere, anche forzatamente, la vita dei pazienti e si praticavano le emotrasfusioni in modo coattivo, in alcuni casi munendosi dell'autorizzazione dell'autorità giudiziaria¹.

Nella stessa direzione va esaminato il caso in cui i Testimoni di Geova hanno impedito ai propri figli minori di subire i trattamenti sanitari, provocandone, in determinati casi, la morte. In queste fattispecie, la valutazione delle responsabilità è piuttosto complessa dal momento che occorre valutare se il comportamento dei genitori si è materializzato soltanto in un non fare ovvero in una astensione dal fare ricorso al trattamento o in un impedire ad altri di fare. Occorre, inoltre, valutare se non esistano responsabilità di altri

¹ Da ultimo una sentenza Corte di Cassazione - sezione terza civile - del 23 febbraio 2007 n. 4211 in www.olir.it in cui si afferma: «Il dissenso, come il consenso, deve essere inequivoco, attuale, effettivo e consapevole; conseguentemente, alla luce di questi elementi e di un dissenso espresso prima dello stato d'incoscienza conseguente all'anestesia, è lecito da parte dei sanitari domandarsi – in seguito – se il paziente voglia o meno essere trasfuso qualora le condizioni di salute dello stesso si aggravino rendendolo in pericolo di vita. (Di qui, secondo il giudice di legittimità la correttezza della motivazione della sentenza di merito che ha ritenuto che il dissenso originario, con una valutazione altamente probabilistica, non dovesse più considerarsi operante in un momento successivo, davanti ad un quadro clinico fortemente mutato e senza la possibilità di un ulteriore interpellato del paziente ormai anestetizzato)».

soggetti che erano tenuti ad agire in sostituzione degli esercenti la potestà per garantire l'effettuazione della terapia nei confronti del minore. Non vi è dubbio che nei confronti del minore non esiste lo stesso diritto di disposizione del corpo che può aversi nei confronti della propria persona. L'ordinamento non ammette che i valori della vita e della salute possano essere negati sulla base di una motivazione religiosa essendo, i primi, incomparabili con il rispetto dei convincimenti religiosi.

La scelta di non sottoporsi al trattamento sanitario è espressione dei convincimenti religiosi, ovvero della volontà del soggetto di adeguare i propri comportamenti ai precetti della personale coscienza religiosa, pur consapevole di mettere in pericolo la vita o la salute.

Esempio tipico di multiculturalismo è rappresentato dalle mutilazioni genitali femminili c.d. infibulazione a cui vengono sottoposte le donne, spesso in tenera età. Questo tipo di mutilazione femminile ha antiche radici in alcune zone del continente africano ed è stata adottata in aree islamiche, ma non ha una vera motivazione religiosa. Particolarmente interessante una sentenza della Corte suprema egiziana che ha stabilito di recente che «l'escissione delle ragazze non è un diritto individuale previsto dalla sharia e non c'è nulla che l'autorizzi nel Corano e nulla di categorico a suo favore nella sunna»; per di più, l'Eritrea, con un provvedimento datato 31 marzo 2007, condanna e punisce chiunque richieda, partecipi o promuova tali interventi con multe di alcune migliaia di dollari e più di dieci anni di carcere. Secondo il governo di Asmara, le mutilazioni genitali femminili «mettono seriamente in pericolo la salute delle donne, causando loro grande dolore e sofferenza oltre che il rischio della vita» anche se si tratta di pratiche così radicate nella loro cultura che richiedono uno sforzo per essere sradicate; riflette quella mentalità arcaica che vede nella donna una sorta di proprietà esclusiva dell'uomo, priva del diritto ad una propria peculiare sessualità.

Non vi è dubbio che, riguardate nella loro materialità e nei conseguenti effetti corporei, le pratiche infibulatorie integrano il reato di lesioni volontarie di cui all'art. 582 c.p., e soprattutto sono contrarie a dichiarazioni e convenzioni internazionali sui diritti umani

La Convenzione per l'eliminazione di tutte le forme di violenza nei confronti delle donne è del 18 dicembre 1979; la Convenzione di N.Y. sul diritto del fanciullo, del 1989 e sancisce all'art.24 l'obbligo degli Stati «di riconoscere il diritto del minore a godere del migliore stato di salute possibile e di beneficiare di servizi medici e di riabilitazione».

La Carta sociale Europea, entrata in vigore nel 1965, negli artt. 11 e 13 effettua un duplice riconoscimento del diritto alla salute, affermando il diritto della protezione della salute e quello all'assistenza sociale. Nel 1996 è stata

adottata una nuova Carta, entrata in vigore il 1° luglio 1999, che migliora alcune clausole della versione originale, prevedendo il diritto alla salute compatibile con una piena integrazione sociale, la IV conferenza mondiale delle N.U. sulle donne a Pechino del 1995 si impegna in questa direzione.

Nella panoramica del nostro Paese, con la promulgazione del D. Lgs. del 25 luglio 1998 n. 286 (Testo Unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero), e del relativo Regolamento attuativo, D.P.R. del 31 agosto 1999 n. 394 (Regolamento recante norme di attuazione del Testo Unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero) si assiste alla costruzione di un corpo giuridico moderno che rivela una chiara volontà di inclusione degli stranieri nel sistema di tutela della salute di tutti i suoi cittadini.

Le disposizioni sanitarie contenute negli artt. 34 e 35 del Testo Unico sanciscono che gli stranieri, regolarmente presenti nel nostro territorio, siano iscritti al Servizio Sanitario Nazionale. Tale indirizzo è affermato nel pieno riconoscimento dell'uguaglianza di diritti e di doveri con i cittadini italiani, perseguita secondo modalità che garantiscano la parità di trattamento.

Inoltre, la tutela sanitaria «a salvaguardia della salute individuale e collettiva» è applicabile anche nei confronti di coloro non in regola con le norme relative all'ingresso e al soggiorno.

Sembra che il quadro normativo così delineato risulti essere sufficiente a contrastare qualsiasi condotta volta a realizzare nel nostro Paese un intervento lesivo dell'integrità fisica e della dignità umana, anche se il perseguimento di tale obiettivo appare collegato, oltre che al rispetto della legge vigente, anche alle concrete scelte dei servizi. Ad esempio, la legge svedese del 27 maggio 1982 n.316, più volte rivista fino all'ultima datata 1998, che proibisce la mutilazione indipendentemente dal fatto che la donna sia consenziente o meno.

In questo senso, si iniziano a registrare in Italia alcune sentenze di condanna per pratiche del genere: la prima condanna, per lesioni gravi volontarie, si è avuta nei confronti di un genitore egiziano che aveva fatto praticare l'infibulazione alla figlia minore. (Cfr. Trib. pen. Milano, Sez. IV, sentenza 25 novembre 1999, n. 2545²); il Trib. di Torino - decreto 17 luglio 1997³, intervenendo in un caso per certi versi analogo, aveva adottato una linea più

² Cfr. Trib. pen. Milano, sez. IV, sentenza 25 novembre 1999, in *Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica*, 2000/3, p. 846 ss

³ Cfr. Trib. min. Torino, decr. 21 giugno 1997, in *Minori e Giustizia*, 3, 1999, p. 143; tale provvedimento fu revocato con successivo decreto: Trib. Torino, decr. 17 luglio 1997, *ivi*, p. 145 ss.

moderata, decidendo di revocare il provvedimento di sospensione della potestà dei due genitori nigeriani che avevano sottoposto la propria figlia minore ad infibulazione. Inoltre, il profilo penalistico è ribadito in una dichiarazione del Ministero della Sanità, del 30 settembre 1999, con la quale si esclude «l'effettuazione di tali interventi presso le strutture del SSN e per opera del personale medico», replicando a quanti sostengono che l'infibulazione possa essere legittimata e praticata addirittura nell'ambito delle strutture sanitarie pubbliche. Inoltre, la legge 9 gennaio 2006 n. 7 *Disposizioni concernenti il divieto di pratiche in materia di mutilazione genitale femminile* in cui si stabilisce «di prevenire, contrastare e reprimere le pratiche di mutilazione genitale femminile quali violazioni dei diritti fondamentali all'integrità della persona e alla salute delle donne e delle bambine»; si cerca di proteggere il bene integrità fisica, ma questa finalità è plausibile solo se il processo di integrazione nella collettività sia reale e le mutilazioni subite vengano vissute come tali, e quindi non accettate. Altrimenti, prevale il timore dell'isolamento, com'è dimostrato dal basso numero delle denunce da parte non solo delle persone interessate e appartenenti alla comunità coinvolta, ma anche di medici, assistenti sociali pur in grado di cogliere sintomi o effetti delle mutilazioni.

Il problema è se far ricorso ad una legislazione speciale, che potrebbe svolgere una funzione pedagogica di prevenzione generale: non per gli osservanti della pratica avvertita come un vero e proprio dovere, ma per gli appartenenti alla comunità più coinvolti nel processo di integrazione nella collettività di accoglienza, e più che altro dubbiosi sulla opportunità dell'applicazione di tale legislazione e riuscire a favorire così l'emersione del fenomeno. Ma purtroppo, la norma è vissuta come autoritaria e discriminatoria. La legge approvata ha il valore eminentemente simbolico di additare un fatto come male. Ma questo simbolismo rassicura solo la collettività di accoglienza, disponendola alla condanna sociale delle mutilazioni, non quella coinvolta nelle pratiche, nei cui confronti potrebbe segnare un forte discrimine tra noi, che condanniamo la pratica e loro, per i quali la norma è vincolante.

Tesi Dottrina

A tal proposito, parte della dottrina sposa la tesi secondo cui un consenso manifestato da una donna ultraquattordicenne capace di intendere e volere ex art. 50 c.p. legittima una libertà di determinazione del soggetto in ordine al proprio corpo finché la determinazione non sia volta alla soppressione di sé o all'eliminazione di componenti essenziali della personalità. In realtà, appare convincente la posizione di chi afferma che l'ammissibilità del consenso debba

dipendere, sempre, per soggetti ultra quattordicenni, da un giudizio legato al caso singolo e possa essere affermata solo se il sacrificio determinato dall'atto di volontà appaia rapportato alla esigenza di realizzare un contro interesse pure esso meritevole di tutela.

Il problema allora consiste nello stabilire se e fino a che punto il sacrificio dell'integrità fisica appaia proporzionato all'esigenza di garantire al soggetto il rispetto di una pratica imposta dalle sue credenze religiose: rispetto che, ai sensi dell'art. 19 Cost., rappresenta un valore di tutela. In tale direzione, il Comitato di Bioetica del 25 settembre 1998 ha affermato che nessun rispetto è dovuto «a pratiche volte non solo a mutilare irreversibilmente le persone, ma soprattutto ad alterarne violentemente l'identità psico-fisica». È evidente che le pratiche di circoncisione femminile non sono poste in essere per ovviare a problemi di salute delle donne che le subiscono, anzi esse comportano gravi conseguenze negative sulla salute delle donne che ad esse vengono sottoposte. Il CNB non può che ritenerle eticamente inammissibili sotto ogni profilo.

Diversa la posizione di chi ritiene illogico prevedere l'esistenza di norme volte a reprimere le mutilazioni in quegli ordinamenti che, come il nostro, ammettono la liceità di operazioni chirurgiche non strettamente terapeutiche, quali la modifica dei caratteri sessuali per motivi estetici o il c.d. cambio di sesso, l'interruzione volontaria di gravidanza, tutti interventi elettivi in situazioni non patologiche. Secondo tale dottrina, il divieto alle pratiche infibulatorie accentuerebbe il problema. L'intervento statale dovrebbe limitarsi ad informare il soggetto circa le conseguenze permanenti della propria decisione e vietare esclusivamente le pratiche rescissorie che possano determinare seri problemi fisici, ammettendo di conseguenza solo quelle mutilazioni che diminuiscono in maniera permanente la capacità di provare piacere.

Conclusioni

L'espressione mutilazione di organi genitali femminili si riferisce alla totale o parziale rimozione dei genitali femminili. Ne esistono tre forme: la prima, più lieve, è nota come circoncisione sunna e consiste nell'ablazione del cappuccio della clitoride; l'escissione, che prevede la rimozione integrale della clitoride e l'infibulazione, consistente nella rimozione della clitoride, delle piccole labbra con la saturazione della ferita con punti di spine o di seta, fino a lasciare un piccolo foro, mantenuto aperto con una canna o un sottile pezzo di legno per consentire la fuoriuscita dell'urina o del sangue mestruale.

Il vero problema consiste nel fatto che essa è praticata in forma rituale e lontano da centri ospedalieri, è spesso affidata a persone senza alcuna com-

petenza medica e con strumenti non adatti (vetri, coltelli o qualsiasi arnese appuntito) con la conseguente insorgenza di infezioni, in poche parole clandestinamente, tant'è vero che i casi in cui la giurisprudenza si è pronunciata sono ancora molto pochi; inoltre va sottolineato che le donne non si fanno visitare da medici uomini.

Si tratta di valutare non solo la legittimità in assoluto dell'effettuazione di tali pratiche che offendono la dignità della persona umana, ma anche di esaminare le sanzioni specifiche di pratiche poste in violazione di norme penali (582 c.p.)⁵.

Tali pratiche hanno ricevuto una specifica sanzione legislativa di carattere penale in diversi Paesi dell'area occidentale (come gli Stati Uniti, la Gran Bretagna); mentre ad esempio la Svezia ha introdotto una normativa speciale con la legge del 27 maggio 1982 n. 316, più volte rivista fino all'ultima datata 1998, in cui esplicitamente viene proibita la mutilazione indipendentemente dal fatto che la donna sia consenziente o meno.

Ancora altri Paesi occidentali hanno privilegiato la via giudiziaria per la repressione delle pratiche rescissorie, riconducendo le medesime a più generali figure di reato contemplate dall'ordinamento a tutela della persona. Non da ultimo, la Risoluzione del 24 ottobre 2006 su *Immigrazione femminile, ruolo e posizione delle donne nell'UE* in cui si invitano gli Stati membri ad adottare e a dare attuazione a disposizioni giuridiche specifiche in materia di mutilazione genitale femminile; nonché ad introdurre l'obbligo, per gli operatori sanitari, di registrare tutti i casi di mutilazione genitale.

È vero che sarebbe difficile risolvere un problema che nasce da oggettive e profonde diversità culturali e, soprattutto, che si inserisce in tradizioni etniche radicate, sostenute non dai contenuti teologici della religione, ma dalla mera attribuzione di religiosità al gesto tradizionale. La rilevanza di valori quali la tutela della salute e la dignità dell'uomo suggeriscono che la disciplina da parte dello Stato e degli enti si facciano promotori di interventi preventivi, di carattere educativo, capaci di eliminare usi e abitudini che contrastano con valori civili assoluti che appartengono a tutta l'umanità, a prescindere dall'area geopolitica in cui sono germinati.

Problema da non sottovalutare, destinato ad allargarsi man mano che sul nostro territorio si stabiliranno culture molto lontane dalla nostra, che si configura sotto un duplice aspetto: da un lato il rispetto dell'identità culturale e religiosa; dall'altro l'inviolabilità della dignità umana, tutelata da leggi specifiche. Le diversità etniche, culturali e religiose trovano il fondamento al loro

⁴ Cfr. Tribunale penale di Milano- IV sezione- sentenza del 25 novembre 1999, in www.olir.it

di esistenza e per la loro tutela sia nell'art. 2 Cost., laddove sono riconosciuti i diritti inviolabili dell'uomo «anche nelle formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità,» sia nell'art. 3, com. 2, Cost. secondo cui è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine sociale che «impediscono il pieno sviluppo della persona umana».

L'applicazione concreta di principi costituzionali deve trovare attuazione anche nelle strutture ospedaliere e da parte del personale medico e sanitario, il quale, nel compimento del dovere di salvaguardia della vita, dovrà mediare tra la difesa della salute fisica e psichica del paziente e la necessità di assicurare il rispetto della sua dignità e, soprattutto della sua libertà di scelta.

Evidentemente, cambia il modo dell'approccio del medico verso il paziente, in relazione alle esigenze di una medicina transculturale. Una medicina attenta in primo luogo ai problemi della comunicazione e ai connessi problemi culturali che investono vari livelli che vanno da quello della comunicazione a quello della raffigurazione dei fenomeni.

È vero che sarebbe difficile risolvere un problema che nasce da oggettive e profonde diversità culturali e, soprattutto, che si inserisce in tradizioni etniche radicate, sostenute non dai contenuti teologici della religione, ma dalla mera attribuzione di religiosità al gesto tradizionale. La rilevanza di valori quali la tutela della salute e la dignità dell'uomo suggeriscono che la disciplina da parte dello Stato e degli enti si facciano promotori di interventi preventivi, di carattere educativo, capaci di eliminare usi e abitudini che contrastano con valori civili assoluti che appartengono a tutta l'umanità, a prescindere dall'area geopolitica in cui sono germinati.

La presenza di pratiche sanitarie legate a culture o credenze religiose estranee alla tradizione occidentale, impone un'attenzione particolare da parte dei sanitari nel momento in cui un rifiuto della prestazione della pratica possa comportare conseguenze più o meno rilevanti (quali l'esclusione dal gruppo etnico di appartenenza) o indurre a praticare tali prestazioni da parte di non sanitari qualificati, con ineludibile pericolo di vita e di salute del paziente.

Diversi i casi di circoncisione o di infibulazione rituali, posti in essere da soggetti investiti di funzioni religiose, ma senza alcuna qualificazione professionale dal punto di vista sanitario.

Per quanto riguarda gli operatori sanitari risulta sempre più urgente procedere ad una formazione sempre più estesa sia del personale già in servizio che di quello che si sta formando, capace di rispondere alle provocazioni che una società multietnica pone alla cultura sanitaria tradizionale e consolidata.

Tuttavia, non sempre le pratiche sanitarie con qualche legame con la religione si presentano come contrarie ai principi giuridici del nostro ordinamento e sono considerate come inaccettabili per la nostra cultura. In questa direzione,

si colloca la circoncisione maschile, prevista soprattutto in ambito ebraico e mussulmano, che vanta una tradizione antica di tipo religioso, terapeutico e profilattico. La circoncisione per gli ebrei è un atto religioso, anzi è l'atto più caratteristico dell'Ebraismo, perché segna l'individuo nella carne e gli ricorda incessantemente che appartiene al popolo ebraico; per il diritto islamico rappresenta una pratica non obbligatoria, ma vivamente raccomandata.

Pur concretandosi in un intervento ablativo, nella circoncisione maschile, praticata soprattutto ai neonati, è assente il danno alla salute, sempre che l'intervento non venga fatto in condizioni sanitarie a rischio, e, soprattutto, manca ogni possibilità di invalidità permanente e grave per la persona, assente il danno alla salute salvo che non si faccia in condizioni sanitarie a rischio.

Attualmente la motivazione terapeutica della circoncisione è ridotta, mentre è preminente la motivazione religiosa. È un atto religioso, anzi è l'atto più caratteristico dell'Ebraismo, perché segna l'individuo nella carne e gli ricorda incessantemente che appartiene al popolo ebraico.

A questo punto la domanda che ci si pone è se il personale sanitario, in presenza di individui e gruppi appartenenti a culture diverse dalla nostra, debba soddisfare le richieste di procedere a mutilazioni o lesioni del corpo umano solo in ragione di finalità religiose e, in alcuni casi, rituali per il solo fatto che comportano un intervento sanitario. La risposta è senz'altro negativa in quanto, il principio che caratterizza il nostro ordinamento si attua nel rispetto della dignità umana (art. 32 della Cost.).

Con la stesura, da parte del Comitato Nazionale di Bioetica del Documento circa i Problemi bioetici in una società multietnica del 16 gennaio 1998, viene stabilito, tra i principi generali, il rispetto dell'essere umano e, quindi, «risulta di particolare importanza il principio del rispetto della dignità di ogni uomo nella sua specificità culturale, purché tale specificità culturale non sia in contrasto con i principi di democrazia e di laicità dello Stato...e con l'esigenza di tutelare l'integrità psico-fisica dell'individuo nel rispetto della salute ed ai fini della sua promozione», per cui «le richieste, e in particolare quelle rivolte al servizio sanitario, di procedere a mutilazioni o lesioni del corpo umano, con finalità non terapeutiche, ma rituale e/o religiose, non dovrebbero essere accolte».

Già il Comitato Nazionale per la Bioetica si è espresso in tal senso il 25 settembre 1998, stabilendo che non esistono condizioni tali da considerare la circoncisione come una pratica sanitaria a carico della collettività.

In conclusione, due sono essenzialmente i principi da tenere in considerazione. Il primo principio si rinviene nel riconoscimento del rispetto dell'essere umano, indipendentemente dall'appartenenza culturale o etnica (come stabilito dal Comitato Nazionale per la Bioetica); il secondo è il principio c.d. di

diversità ovvero la specificità di ogni cultura è degna di rispetto e deve essere rispettata. Come è stato affermato l'identità della cultura di appartenenza è un valore che va conosciuto e compreso ed il rispetto dell'identità della differenza culturale va compreso proprio sulla base del principio di eguaglianza, che lo fonda e lo sostiene.

Il quadro generale che si ha è di notevole confusione, forse i problemi vengono mal risolti poiché non si ha una piena consapevolezza di questi, ma soprattutto non riusciamo ad accettare che la nostra società sia destinata a divenire sempre più multiculturale e multi-etnica.

La società multiculturale, quale è la nostra, impone una evoluzione dell'ordinamento giuridico che miri all'integrazione e alla pacifica convivenza e, nello stesso tempo, al rispetto delle diverse identità etniche, culturali, religiose. Una integrazione che abbia come scopo primario la estensione dei diritti di libertà che definiscono, di fatto, la condizione giuridica del cittadino.

Tutto ciò comporterà non solo una produzione normativa speciale in rapporto alla pluralità dei gruppi, ma anche una evoluzione della normativa generale, nella misura in cui dovesse risultare incompatibile con le esigenze poste dalle società.

*Il diritto ecclesiastico nell'alveo delle discipline pubblicistiche**

MARIO TEDESCHI

La data d'inizio del nuovo diritto ecclesiastico è unanimemente individuata nella prolusione palermitana di Francesco Scaduto del 1884¹, allorchè la disciplina venne reinserita nel corso ufficiale degli studi di giurisprudenza, dopo un breve periodo di sospensione dovuto ai regolamenti Coppino², ma soprattutto ai difficili rapporti tra lo Stato liberale e la Chiesa cattolica. Assimilato a tutte le altre scienze sacre, il diritto ecclesiastico ne aveva seguito la sorte, poiché si erano dimenticate le sue connotazioni di scienza laica, che traeva le proprie fonti dalla legislazione unilaterale dello Stato dichiaratamente anti-chiesastica.

E ciò nonostante nella prolusione catanese di Salvatore Marchese del 1843 se ne fosse dichiarata l'insopprimibilità³, avendo costituito la materia ecclesiastica oggetto di numerosi interventi legislativi ed uno dei settori più

* Il presente scritto è destinato agli *Studi in onore* di Michele Scudiero.

¹ Cfr. FRANCESCO SCADUTO, *Il concetto moderno del diritto ecclesiastico*, Palermo, 1885, sulla quale cfr. GAETANO CATALANO, *La problematica del diritto ecclesiastico ai tempi di Francesco Scaduto e ai nostri giorni*, in *Dir. eccl.*, I, 1965, p. 20 ss.; ID., *Il contributo di Francesco Scaduto alla nascita e allo sviluppo del diritto ecclesiastico*, in *Dir. eccl.*, I, 1995, p. 845 ss.; IVÁN C. IBÁN, *En los orígenes del Derecho Eclesiástico. La prolusion palermitana de Francesco Scaduto*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2004, che ripubblica in Appendice il testo della prolusione (pp. 169-188); SALVATORE BORDONALI, *Francesco Scaduto: il fondatore di un nuovo diritto ecclesiastico*, nel vol. *Francesco Castronuovo Sacerdote ed Educatore. La figura e l'opera vol. I° Centenario della morte*, Lions Club Bagheria, s.l., s.d., p. 81 ss.; ANTONIO GUARINO, *Lo Scaduto dimenticato*, in *Quaderni della Scuola di Specializzazione in diritto ecclesiastico e canonico*, 7, *Studi di diritto ecclesiastico e canonico*, Jovene, Napoli, 2002, p. 131 ss., e in *Dir. eccl.*, I, 2002, p. 475 ss.; CARLO FANTAPPIÉ, *Sulla genesi del diritto ecclesiastico italiano. Il giovane Scaduto tra Firenze e Lipsia*, in *Studi Senesi*, CXV, 2003, p. 71 ss.

² Cfr. r.d. 8 ottobre 1876, del 22 ottobre 1885 n. 3434; Cfr. SALVATORE BORDONALI, *Il diritto ecclesiastico in rapporto all'elaborazione civilistica*, nel vol. *Dottrine generali del diritto e diritto ecclesiastico*, Napoli, 1988, p. 325.

³ Cfr. SALVATORE MARCHESE, *Sull'avviamento da darsi agli studi di diritto specialmente in Sicilia nelle condizioni in cui trovansi*, in *Ore Solitarie: Biblioteca di scienze morali legislative ed economiche*, fasc. III, 1844, p. 129 ss.; ORAZIO CONDORELLI, *Salvatore Marchese (1811-1880) tra diritto, storia ed economia. Appunti per una biografia*, in *Dir. rel.*, 2007, 4, p. 307 ss.

rilevanti della nostra realtà giuridica; nonostante il fatto che in quegli anni le Cassazioni del Regno continuassero ad emanare sentenze di grande rilievo, anche economico, sulle decime, se sacramentali o domenicali, sulle frodi pie, se valide o nulle, espediente con il quale si era consentito agli enti soppressi di continuare ad esistere⁴, sulla stessa natura degli enti ecclesiastici, se per l'appunto soppressi o conservati; e nonostante il fatto che continuassero a pubblicarsi *Manuali di diritto ecclesiastico*, come quello del giureconsulto napoletano Saverio Mattei, in tre volumi, del 1785⁵; quello di Pateri, professore nell'Università di Torino, del 1864⁶; si traducesse il *Manuale* di Ferdinando Walter, professore nell'Università di Bonn, in due volumi, nel 1846-48, dedicata a tutte le confessioni cristiane⁷, e ci fosse una pubblicistica intensissima sui problemi ancora aperti, che aveva chiamato in campo, unitamente ai cultori di diritto ecclesiastico, principalmente i civilisti.

Quando Scaduto si trasferì da Palermo a Napoli, ove era stata bandita la prima cattedra di diritto ecclesiastico, nel 1886, che ricoprirà da par suo per quindici anni, sino al 1911⁸, pubblicherà i due volumi sul *Diritto ecclesiastico vigente in Italia*, del 1892-1894⁹, nei quali affronterà il problema delle fonti, anche canonistiche, la materia degli enti, quella patrimoniale e dei benefici, finanche i culti acattolici, ma non spenderà una riga per il matrimonio.

Nello stesso periodo (1893), la traduzione da parte di Francesco Ruffini, del *Trattato di diritto ecclesiastico cattolico ed evangelico*, con lo stesso taglio quindi di quello del Walter, di Emilio Friedberg, professore nell'Università di Lipsia, aggiornato dal Ruffini per i riferimenti alla legislazione ecclesiastica degli ex Stati italiani¹⁰, che molti anni dopo saranno raccolti da Francesco Margiotta Broglio, in un volume sui *Rapporti tra Stato e Chiesa in Italia*, con una premessa di Jemolo, edito dal Mulino¹¹. Ruffini così rendeva omaggio al

⁴ Cfr. MARIO TEDESCHI, *Nuove prospettive in tema di acquisti per interposta persona a favore di enti ecclesiastici non riconosciuti*, in *Arch. Giur.*, 1972, p. 151 ss.

⁵ Cfr. SAVERIO MATTEI, *Saggio di risoluzioni di diritto pubblico ecclesiastico*, tomo I-III, Briolo, Torino, 1785.

⁶ Cfr. ILARIO FILIBERTO PATERI, *Trattato elementare di diritto ecclesiastico*, ad uso degli studenti, Favale, Torino, 1864.

⁷ Cfr. FERDINANDO WALTER, *Manuale di diritto ecclesiastico di tutte le confessioni cristiane*, tradotto dall'avv. Fortunato Benelli, tomo I-II, Nistri, Pisa, 1846-1848.

⁸ Cfr. IVÁN C. IBÁN *op. cit.*, p. 23 ss.

⁹ Cfr. FRANCESCO SCADUTO, *Diritto ecclesiastico vigente in Italia*, vol. I-II, Bocca, Torino, 1892-1894.

¹⁰ Cfr. EMILIO FRIEDBERG, *Trattato del diritto ecclesiastico cattolico ed evangelico*, riveduto dall'avv. Francesco Ruffini, Bocca, Torino, 1893.

¹¹ Cfr. FRANCESCO RUFFINI, *Relazioni tra Stato e Chiesa. Lineamenti storici e sistematici*, a cura di Francesco Margiotta Broglio, Premessa di Arturo Carlo Jemolo, Il Mulino, Bologna, 1974.

suo maestro tedesco, grande canonista, presso il quale era andato a studiare, durante il periodo di apprendistato, così come Scaduto aveva fatto con lo stesso Friedberg e con l'Hinschius, tutti facenti capo alla grande scuola di Eichorn, attingendo così alle matrici dello storicismo tedesco¹², e informandosi dei progressi delle scienze pubblicistiche in quel Paese, dovuti ai contributi di Gerber, Laband, Jellineck e dello stesso Jhering¹³.

Nasceva infatti in quegli anni in Germania il nuovo diritto pubblico che si svilupperà velocemente anche in Italia attraverso il *Trattato* di Vittorio Emanuele Orlando¹⁴, nell'ambito del quale sarà pubblicata una delle prime monografie di A. C. Jemolo, allievo del Ruffini, sull'*Amministrazione ecclesiastica*, nel 1915¹⁵.

Il diritto ecclesiastico nasce quindi unitamente al diritto pubblico, ha come questo matrici tedesche, si svilupperà insieme. Vedremo in seguito in qual modo. Se lo si dovesse trarre da questi primi *Manuali*, infatti, poco si troverebbe.

Restano i debiti enormi nei confronti della storia del diritto che, come ricorderà Calasso nella sua polemica con Del Giudice¹⁶, consentì alla disciplina di continuare ad esistere nel periodo della sua soppressione, e restano i contributi che da tutte le altre scienze giuridiche al diritto ecclesiastico sono pervenuti. Dalla storia del diritto proverranno anche due tra i migliori ecclesiasticisti italiani, Aldo Checchini e Cesare Magni.

E sì che lo stesso Scaduto era andato a specializzarsi a Firenze in studi

¹² Cfr. MARIO TEDESCHI, *Il contributo di Francesco Ruffini alla nuova scienza del diritto ecclesiastico*, in *Dir. eccl.*, I, 1993, p. 327 ss., ora nel vol. *La tradizione dottrinale del diritto ecclesiastico*, Pellegrini, Cosenza, 2007, pp. 11-125; CARLO FANTAPPIÉ, *op. cit.*, p. 71 ss.

¹³ Cfr. CARL FRIEDRICH VON GERBER, *Diritto pubblico*, a cura di Pier Luigi Lucchini, Giuffré, Milano, 1971; PAUL LABAND, *Das Staatsrecht des deutschen Reichs*, Tubingen, 1882 (trad. it. nella Biblioteca di Scienze politiche del Brunialti, 1914, serie III, vol. VI); GIORGIO JELLINECK, *Diritti pubblici subiettivi*, 1892; RUDOLF VON JHERING, *La lotta per il diritto e altri saggi*, a cura di Roberto Rancinero, Giuffré, Milano, 1985, p. 71 ss.; ID, *Lo scopo nel diritto*, a cura di Mario G. Losano, Einaudi, Torino, 1972, p. 38 ss.;

¹⁴ Cfr. *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1897-1925, diretto da Vittorio Emanuele Orlando

¹⁵ Cfr. ARTURO CARLO JEMOLO, *L'amministrazione ecclesiastica*, vol. X, parte 2, del *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano* diretto da Vittorio Emanuele Orlando, Milano, 1915.

¹⁶ Cfr. FRANCESCO CALASSO, *Il diritto canonico e la storia*, in *Ann.st.dir.*, I, 1957, p. 459 ss., e nel vol. *Storicità del diritto*, Giuffré, Milano, 1966, p. 143 ss.; VINCENZO DEL GIUDICE, *Sull'insegnamento del diritto canonico nelle Università italiane*, in *Dir. eccl.*, 1953, p. 3 ss.; MARIO TEDESCHI, *Il contributo della scienza giuridica italiana nell'ambito del diritto canonico ed ecclesiastico*, in *Dir. eccl.*, I, 2003, p. 607 ss., nel vol. *La tradizione dottrinale del diritto ecclesiastico*, *cit.*, p.107 ss., e, in versione francese, *Le contribution de la science juridique italienne dans le domaine du droit canonique et ecclesiastique*, in *l'Année canonique*, XLIV, 2002, p. 251 ss.

storici con Pasquale Villari, prima di recarsi in Germania, nel mitico *Istituto di studi superiori e di perfezionamento*, che costituirà un modello esemplare di impegno civile e scientifico¹⁷, e che Ruffini nasceva come storico del diritto a Torino con Nani e continuerà a coltivare tali studi¹⁸. Di taglio storico saranno i contributi di uno dei suoi allievi, Galante, che andrà ad insegnare a Innsbruck, autore di un *Manuale di diritto ecclesiastico*¹⁹, e alla storia giuridica dedicheranno molta attenzione quasi tutti gli altri suoi discepoli, dallo stesso Jemolo, a Mattia Moresco, e, anche se in misura minore, Mario Falco e Arnaldo Bertola.

Sulla scia di questi contributi, verranno alla luce, per i Manuali Barbera, il *Diritto ecclesiastico* di Carlo Calisse, la cui terza edizione è del 1899²⁰, il *Manuale di Polizia ecclesiastica* di Luigi Conforti, del 1902²¹, e quello in due volumi, dello stesso anno, di Domenico Schiappoli, uno degli allievi di Scaduto, che gli succederà sulla cattedra napoletana, che avrà una seconda veste nel 1913, dedicata al Maestro, ed una terza nel 1930²².

In tutti questi Manuali non v'è nulla sul matrimonio né sui concordati. Un breve accenno c'è solo nelle *Lezioni* di Vincenzo Simoncelli del 1907, dattiloscritte²³, nulla nel bellissimo *Manuale* in due volumi di Nicola Coviello, curato da Vincenzo Del Giudice, del 1915-16²⁴. Simoncelli e Coviello, entrambi civilisti, dimostrano così l'interesse di questa scienza per il diritto ecclesiastico, che avevano brillantemente insegnato a Pavia – ove Simoncelli,

¹⁷ Cfr. CARLO FANTAPPIÉ, *op. cit.*, p. 71 ss.

¹⁸ Cfr. FRANCESCO RUFFINI, *La classificazione delle persone giuridiche in Simibaldo dei Fieschi (Innocenzo IV) e in Federico Carlo di Savigny*, in *Scritti giuridici minori*, scelti e ordinati da Mario Falco, Arturo Carlo Jemolo, Edoardo Ruffini, vol. II, *Scritti giuridici vari*, Giuffrè, Milano, 1936, p. 3 ss.; ID., *Dante e il protervo decretalista innominato (Monarchia, III, III, 10)*, *ivi*, p. 425 ss.; ID., *L'ordine costantiniano e Scipione Maffei*, *ivi*, p. 561 ss.

¹⁹ Cfr. ANDREA GALANTE, *Elementi di diritto ecclesiastico*, Società Editrice Libreria, Milano, 1909; ID., *Manuale di diritto ecclesiastico*, Milano, 1915 (2° ed. 1923, a cura di Arturo Carlo Jemolo).

²⁰ Cfr. CARLO CALISSE, *Diritto ecclesiastico*³, Barbera, Firenze, 1899.

²¹ Cfr. LUIGI CONFORTI, *Manuale di polizia ecclesiastica*², Società Editrice Libreria, Milano, 1902.

²² Cfr. DOMENICO SCHIAPPOLI, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Parte I-II, Unione Tipografica Editrice, Torino, 1902; ID., *Manuale di diritto ecclesiastico*, Pierro, Napoli, 1913; ID., *Corso di diritto ecclesiastico*, Alvano, Napoli, 1930.

²³ Cfr. VINCENZO SIMONCELLI, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, Roma, 1907; MARIO TEDESCHI, *Sul contributo di Vincenzo Simoncelli al diritto ecclesiastico e sulla sua concezione dei rapporti tra Stato e Chiesa*, in *Studi in memoria di Mario Petroncelli*, vol. II, Jovene, Napoli, 1989, p. 703 ss., in *Dir. ecl.*, 1988, I, p. 379 ss., e nel vol. *La tradizione dottrinale del diritto ecclesiastico*, *cit.*, p. 25 ss.

²⁴ Cfr. NICOLA COVIELLO, *Manuale di diritto ecclesiastico*, a cura di Vincenzo Del Giudice, vol. I-II, Roma, 1915-16; MARIO TEDESCHI, *Nicola Coviello cultore di diritto ecclesiastico*, in *Dir. fam.*, 1997, p. 408 ss., in *Studi in memoria di Raffaele Cicala*, vol. II, Jovene, Napoli, 2003, p. 1283 ss., e nel vol. *La tradizione dottrinale del diritto ecclesiastico*, *cit.*, p. 33 ss.

allievo di Gianturco, imparentatosi con Scialoja, era succeduto a Ruffini –, a Roma – ove aveva preceduto Scaduto –, e a Catania – ove Coviello concluderà prematuramente il proprio insegnamento, prima dell'avvento di Del Giudice –. Di fatto, i professori di diritto ecclesiastico erano ancora pochi, e, anche per motivazioni religiose, la disciplina era da questi civilisti molto sentita.

La materia matrimoniale continuerà ad essere espulsa anche nel volume sul *Diritto ecclesiastico italiano* di Celso Caterbini, del 1920²⁵, e in quello di A. C. Jemolo, *Elementi di diritto ecclesiastico*, del 1927²⁶, dedicato al Ruffini. Non sarà così nel *Corso* del 1944-45²⁷ e in tutte le successive *Lezioni*, fino a quelle del 1975²⁸, con l'eccezione delle *Lezioni* del 1945-46²⁹, di taglio storico, che gli consentirà di non soffermarsi sul matrimonio.

A uno storico del diritto di grande spessore, Nino Tamassia, si devono gli *Appunti di diritto ecclesiastico*, del 1930, scritti a mano ed editi dalla Cedam³⁰, con particolare riguardo ai Patti Lateranensi, da poco entrati in vigore, che comprenderanno anche il matrimonio.

I due volumi del *Corso* di Mario Falco, del 1933-38³¹, che riguarderanno anche il diritto canonico e il matrimonio, sono molto curati e di notevole livello scientifico.

Degli stessi anni, il *Corso* di P.A. D'Avack, allievo di Scaduto – come Ambrosini e Schiappoli – la cui prima edizione, edita a Firenze nel 1937³², è dattiloscritta, che avranno una notevole fortuna fino al *Trattato* del 1978³³.

Meritano particolare attenzione il *Corso* di Bertola, del 1957³⁴, gli *Elementi di diritto ecclesiastico* di Olivero, del 1968³⁵, editi entrambi a Torino dalla

²⁵ Cfr. CELSO CATERBINI, *Il diritto ecclesiastico italiano e la legislazione ecclesiastica nelle terre redente. Il nuovo codice di diritto canonico*, Gallo, Vicenza, 1920.

²⁶ Cfr. ARTURO CARLO JEMOLO, *Elementi di diritto ecclesiastico*, Vallardi, Firenze, 1927.

²⁷ Cfr. ARTURO CARLO JEMOLO, *Corso di diritto ecclesiastico*, 1944-1945, Tipografia dell'Università di Roma, s.a.

²⁸ Cfr. ARTURO CARLO JEMOLO, *Lezioni di diritto ecclesiastico*⁴, Giuffrè, Milano, 1975.

²⁹ Cfr. ARTURO CARLO JEMOLO, *Lezioni di diritto ecclesiastico 1945-46*, Piola, Roma, 1946.

³⁰ Cfr. NINO TAMASSIA, *Appunti di diritto ecclesiastico, con particolare riguardo ai Patti Lateranensi*, Cedam, Padova, 1930.

³¹ Cfr. MARIO FALCO, *Corso di diritto ecclesiastico*, vol. I-II, Cedam, Padova, 1933 e 1938.

³² Cfr. PIETRO AGOSTINO D'AVACK, *Corso di diritto ecclesiastico italiano*, vol. I, *Parte generale*, Cya, Firenze, 1937.

³³ Cfr. PIETRO AGOSTINO D'AVACK, *Trattato di diritto ecclesiastico italiano, Parte generale*², Giuffrè, Milano, 1978, (1° ed. 1969).

³⁴ Cfr. ARNALDO BERTOLA, *Corso di diritto ecclesiastico*, Giappichelli, Torino, 1957.

³⁵ Cfr. GIUSEPPE OLIVERO, *Elementi di diritto ecclesiastico*, Giappichelli, Torino, 1968.

Giappichelli, e i *Manuali* di Pio Ciprotti, del 1964³⁶ e di Mario Petroncelli, del 1965³⁷. Il *Manuale* più diffuso fu comunque quello di Del Giudice, la cui decima edizione è del 1964³⁸.

Corsi di lezioni e manuali saranno pubblicati anche da Gismondi³⁹, Spinelli⁴⁰, Saraceni⁴¹, Lariccia⁴², Finocchiaro (ben nove edizioni, e due compatte, l'ultima postuma)⁴³, Catalano⁴⁴, De Luca⁴⁵, Musselli⁴⁶, Vitale (anch'essa in nove edizioni)⁴⁷, Cardia⁴⁸, Barberini⁴⁹, Casuscelli, unitamente ai collaboratori dell'Università di Milano⁵⁰, e Tedeschi⁵¹.

Ho tralasciato volontariamente, trattandosi di notissimi pubblicisti, le *Lezioni* di Santi Romano⁵² e di Guido Zanobini⁵³, che confermano, al più alto livello, la dimensione pubblicistica del diritto ecclesiastico.

La produzione manualistica, legata alla didattica, ha poco a che vedere con quella più strettamente scientifica, per cui non è emblematica del livello di una disciplina; questo si trae dai contributi monografici, senza i quali non sarebbe possibile scrivere un *Manuale*, che resterebbe una mera rassegna legislativa e

³⁶ Cfr. PIO CIPROTTI, *Diritto ecclesiastico*², Cedam, Padova, 1964.

³⁷ Cfr. MARIO PETRONCELLI, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Jovene, Napoli, 1965.

³⁸ Cfr. VINCENZO DEL GIUDICE, *Manuale di diritto ecclesiastico*¹⁰, Giuffrè, Milano, 1964.

³⁹ Cfr. PIETRO GISMONDI, *Lezioni di diritto ecclesiastico. Stato e confessioni religiose*, Giuffrè, Milano, 1975.

⁴⁰ Cfr. LORENZO SPINELLI, *Diritto ecclesiastico, Parte generale*, UTET, Torino, 1976.

⁴¹ Cfr. GUIDO SARACENI, *Introduzione allo studio del diritto ecclesiastico*⁵, Jovene, Napoli, 1986.

⁴² Cfr. SERGIO LARICCIA, *Diritto ecclesiastico*³, Cedam, Padova, 1986.

⁴³ Cfr. FRANCESCO FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, edizione compatta², aggiornamento a cura di Andrea Bettetini e Gaetano Lo Castro, Zanichelli, Bologna, 2007.

⁴⁴ Cfr. GAETANO CATALANO, *Lezioni di diritto ecclesiastico, Parte prima*, Giuffrè, Milano, 1989.

⁴⁵ Cfr. LUIGI DE LUCA, *Il diritto ecclesiastico e la società degli anni '80*³, Bulzoni, Roma, 1988.⁴⁵

⁴⁶ Cfr. LUCIANO MUSSELLI, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, Giappichelli, Torino, 1986.

⁴⁷ Cfr. ANTONIO VITALE, *Corso di diritto ecclesiastico. Ordinamento giuridico e interessi religiosi*⁹, Giuffrè, Milano, 1998.

⁴⁸ Cfr. CARLO CARDIA, *Manuale di diritto ecclesiastico*, il Mulino, Bologna, 1996; ID., *Principi di diritto ecclesiastico, Tradizione europea legislazione italiana*², Giappichelli, Torino, 2005.

⁴⁹ Cfr. GIOVANNI BARBERINI, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, Giappichelli, Torino, 2000.

⁵⁰ Cfr. GIUSEPPE CASUSCELLI, *nozioni di diritto ecclesiastico*², Giappichelli, Torino, 2007.

⁵¹ Cfr. MARIO TEDESCHI, *Manuale di diritto ecclesiastico*⁴, Giappichelli, Torino, 2007.

⁵² Cfr. SANTI ROMANO, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, Pisa, 1912.

⁵³ Cfr. GUIDO ZANOBINI, *Corso di diritto ecclesiastico*², Vallerini, Pisa, 1936. Nessun riferimento al Romano e allo Zanobini nella relazione di CARLO CARDIA, *Diritto ecclesiastico e discipline pubblicistiche*, nel vol. *Dottrine generali del diritto e diritto ecclesiastico, cit.*, p. 301 ss., che raccoglie gli Atti del Convegno tenutosi a Napoli nel 1986.

giurisprudenziale. I *Manuali* danno quindi la misura di come una disciplina è stata insegnata, dell'interesse che ha suscitato, dei rapporti con gli altri settori della scienza giuridica, provocano a loro volta interessi.

Nonostante il nucleo centrale delle norme del diritto ecclesiastico si tragga dalla Costituzione, e che natura internazionale pubblica abbia il concordato, questi aspetti hanno tardato ad essere trattati a livello manualistico, perché preminenti apparivano i riferimenti al diritto canonico, alla materia degli enti e, dopo il '29, al matrimonio.

Con l'avvento della Costituzione, essendosi voluti conservare i Patti lateranensi, il primo problema fu quello delle antinomie tra le disposizioni costituzionali e singole norme dei Patti, emanate in presenza di una Costituzione diversa, spesso chiaramente incostituzionali, come nel caso dell'art. 5 Conc. – quello di Bonaiuti – sui sacerdoti apostati o irretiti da censura. Bene, sia la dottrina che la Corte Costituzionale tentano di garantire nel loro complesso l'integrità dei Patti, fin quando è possibile e fino all'avvento dell'Accordo di modificazione del 1984⁵⁴.

La prima sentenza della Corte, del 1956, è di diritto ecclesiastico, riguarda la libertà religiosa, poi si svilupperà una giurisprudenza molto intensa, anche per l'ignavia della dottrina ecclesiasticistica, divisa anche sulla revisione del concordato⁵⁵, che riterrà opportuno affidarsi alla Corte.

A questo atteggiamento deve ricondursi anche il rapporto, per alcuni di vera subordinazione, del diritto ecclesiastico al diritto costituzionale⁵⁶. Che quest'ultimo informi tutti i settori della scienza giuridica non v'è dubbio, ma che le due discipline siano del tutto differenti è un fatto che, anche alla luce di quanto si è detto in precedenza, appare altrettanto evidente. La Costituzione ha costituito per molti giuristi della mia generazione una vera "scoperta", soprattutto per quelle discipline che avevano un taglio, come il diritto ecclesiastico, civilistico⁵⁷. Per anni i civilisti hanno proceduto nelle loro analisi – con poche eccezioni⁵⁸ – come se la Costituzione non esistesse, in base a

⁵⁴ Cfr. ALESSANDRO ALBISETTI, *il diritto ecclesiastico nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1987; SARA DOMIANIELLO, *Giurisprudenza Costituzionale e fattore religioso. Le pronunzie della Corte Costituzionale in materia ecclesiastica (1987-1988)*, Giuffrè, Milano, 1999.

⁵⁵ Cfr. *Il dibattito sulla revisione del Concordato (1965-1984)*, a cura di Giuseppe Vegas, Servizio studi del Senato della Repubblica, Quaderni di documentazione 13, Roma, luglio 1984.

⁵⁶ Cfr. SERGIO LARICCIA, *op. cit.*, p. 41 ss.; NICOLA COLAIANNI, *Eguaglianza e diversità culturali e religiose, Un percorso costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2006.

⁵⁷ Il riferimento è alla manualistica sopra citata alle note nn. 19-26 e 52, precedente i Patti lateranensi.

⁵⁸ Cfr. PIETRO RESCIGNO, *Persona e comunità*, il Mulino, Bologna, 1966.

un'esegesi tecnico-formale del Codice del 1942. Anche per loro la scoperta è tardiva. E sì che nei suoi studi Francesco Ruffini aveva auspicato l'avvento di uno strumento di garanzia delle leggi, di una Corte Costituzionale⁵⁹. Lo Statuto Albertino, Costituzione flessibile, aveva reso possibile, infatti, la legislazione eversiva, modello unico di intervento dello Stato in materia ecclesiastica di stampo fortemente giurisdizionalista, nonostante la dichiarazione di confessionismo dell'art. 1. Ciò, anche per il legislatore civile, non si sarebbe dovuto più ripetere, solo che si pensi alle previsioni sulle associazioni non riconosciute del libro I c.c.⁶⁰ e all'art. 20 Cost.⁶¹.

Per molti ecclesiasticisti, pertanto, era naturale che la propria disciplina avesse un rapporto preferenziale con il diritto costituzionale, che in taluni casi appariva di netta dipendenza.

Quando il Magni configura la trascrizione come procedimento amministrativo⁶², o Berlingò utilizza, per il suo libro sull'autorizzazione, i contributi degli amministrativisti⁶³, essi procedono correttamente sul piano metodologico perché, dal momento che la scienza giuridica è unica, ciò era loro consentito ed era anzi auspicabile che si utilizzassero schemi e principi provenienti da settori diversi.

Altro però era ritenere che il diritto ecclesiastico potesse limitarsi alle norme della Costituzione che riguardano il fattore religioso, che costituisce l'oggetto principale della disciplina, perché questo ha un respiro più ampio, ed anche a livello didattico tale non è la sua tradizione.

A questo interesse degli ecclesiasticisti per il diritto costituzionale non è corrisposto un pari interesse dei costituzionalisti per la materia ecclesiastica fino al punto che la loro associazione, organizzando a Napoli un convegno sulla laicità, non ha nemmeno ritenuto di chiedere cosa ne pensassero, nonostante in quella Università fosse stato organizzato un convegno sullo stesso argomento oltre dieci anni fa⁶⁴, e che alla laicità quasi tutti gli ecclesiasticisti

⁵⁹ Cfr. FRANCESCO RUFFINI, *La libertà religiosa come diritto pubblico subiettivo*, con introduzione di Silvio Ferrari (ristampa), Il Mulino, Bologna, 1992; ID., *Diritti di libertà*, con introduzione di Piero Calamandrei, Firenze, 1941 (2° ed. 1973).

⁶⁰ Cfr. GIUSEPPE DOSSETTI, *Le persone giuridiche ecclesiastiche e il nuovo libro primo del codice civile*, in *Grandezza e miseria del diritto della Chiesa*, a cura di Francesco Margiotta Broglio, il Mulino, Bologna, 1996, p. 27 ss; MARIO TEDESCHI, *Associazioni ecclesiastiche e autonomia negoziale*, in *Dir. fam.*, 1994, p. 1084 ss.

⁶¹ Cfr. PAOLO DI MARZIO, *L'art.20 della Costituzione. Interpretazione analitica e sistematica*, Giapichelli, Torino, 1999.

⁶² Cfr. CESARE MAGNI, *Gli effetti civili del matrimonio canonico* ³, Cedam, Padova, 1965.

⁶³ Cfr. SALVATORE BERLINGÒ, *Il potere autorizzativo nel diritto ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 1974.

⁶⁴ Cfr. *Il principio di laicità nello Stato democratico*, a cura e con introduzione di Mario Tedeschi, Rubbettino, Soveria Mannelli, 1996.

abbiano dedicato studi importanti. Non si può anche non rilevare che mentre l'attenzione degli ecclesiasticisti per i contributi scientifici provenienti dal diritto costituzionale è stata costante, questi – con l'eccezione di Mortati – hanno tenuto in poca considerazione le loro analisi, anche quando erano inserite in *Commentari*, o erano indiscutibilmente di alto livello⁶⁵. Un peccato di supponenza che serve forse a spiegare la loro scelta al momento di trattare il tema della laicità.

A ciò si aggiunga che le analisi da parte dei costituzionalisti della materia ecclesiasticistica sono apparse spesse volte eccessivamente tecniche, o nel connettere la libertà religiosa alle altre libertà costituzionali, che hanno un contenuto molto diverso, o nella difficoltà di qualificarne le fonti – atipiche, rinforzate etc. –, ma soprattutto perché le fattispecie di diritto ecclesiastico necessitano, sul piano interpretativo, di una duttilità e di una sensibilità non solo tecnico-giuridica, ma anche storica, politica e teologica, senza la quale non si perviene a risultati durevoli⁶⁶.

Carattere pubblico ha anche il bene giuridico tutelato, per l'appunto il fattore religioso. Non il sentimento religioso, che è cosa esclusivamente e intimamente privata. Il fattore religioso è bene comune, a cavallo di più ordinamenti, ha caratterizzato, nel bene o nel male, la storia dell'umanità, precede tutte le Carte costituzionali, e queste non possono prescindere, è un archetipo e come tale va considerato, per cui appare riduttivo attribuirgli una dimensione più accentuatamente privatistica, sul piano giuridico, o meramente pubblicistica.

Fino alla riforma protestante sotto il termine diritto ecclesiastico si comprendevano sia le norme provenienti dalla Chiesa che quelle promulgate dallo Stato. Quando le Chiese riformate si staccarono da Roma, ciò non fu più possibile per cui le norme emanate dalla Chiesa furono indicate come norme di diritto canonico, rimanendo di diritto ecclesiastico solo quelle statuali⁶⁷; sarebbe più corretto, pertanto, come pure è stato proposto, parlare di diritto ecclesiastico civile, anche se ciò contrasta con il dato storico⁶⁸.

Quando, nei primi secoli di vita della Chiesa, l'Impero romano si rap-

⁶⁵ Cfr. FRANCESCO FINOCCHIARO, *Art. 19-20*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Giuseppe Barile, Zanichelli – Foro Italiano, Bologna – Roma, 1977, p. 238 ss.; GAETANO CATALANO, *Sovranità dello Stato e autonomia della Chiesa nella Costituzione repubblicana. Contributo all'interpretazione sistematica dell'art. 7 della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1974.

⁶⁶ Cfr. MARIO TEDESCHI, *Sulla scienza del diritto ecclesiastico*³, Giuffrè, Milano, 2007, p. 143 ss.

⁶⁷ Cfr. LUIGI DE LUCA, *Il concetto di diritto ecclesiastico nel suo sviluppo storico*, Cedam, Padova, 1946.

⁶⁸ Cfr. CESARE MAGNI, *Teoria del diritto ecclesiastico civile*², I, *I fondamenti*, Cedam, Padova, 1952.

porta alle fonti canoniche, non fa altro che inserirle nello *ius publicum*. In quel periodo tali fonti erano di provenienza sia della Chiesa – concili, sinodi, vescovi, pontefice – che dell'imperatore. Ciò costituiva certo una singolarità, un'inframmettenza, spiega però l'importanza attribuita dal potere politico all'istituzione ecclesiastica, ma anche, fin dall'inizio, la duplicità di fonti, ecclesiastiche e statuali. Con l'ulteriore rilievo che questa era ritenuta materia di tale importanza da riguardare il diritto pubblico, gli interessi dello Stato.

Il diritto ecclesiastico pertanto è da sempre parte del diritto pubblico, trae le sue fonti sia dalla Chiesa che dallo Stato, diviene espressione di quest'ultimo solo dopo la Riforma, si pone all'attenzione dell'autorità politica ancor prima dell'avvento delle Carte costituzionali, le quali comunque non possono non prenderlo in considerazione. Le precede, non è da esse posto in essere.

Per la natura delle sue norme e per questi presupposti storici non mi sembra si possa parlare di dipendenza del diritto ecclesiastico dal diritto costituzionale ma di una comune posizione nell'alveo del diritto pubblico.

In utroque iure: i Tribunali ecclesiastici e l'esimente ex art. 598 c.p.

STEFANO TESTA BAPPENHEIM

Introduzione

Un recente *affaire* dinanzi al Giudice di Pace circondariale di Bologna¹ ha riportato alla ribalta il tema dell'applicabilità, anche agli scritti diretti ad un Tribunale ecclesiastico, della fattispecie prevista dall'art. 598 c.p., vista come una scriminante², od una causa d'esonazione dalla pena³, o d'esclusione dell'antigiuridicità penale⁴, o d'immunità legata all'*animus defendendi*⁵, ed è

¹ Decreto di archiviazione del 3 febbraio 2005, n. 2642/04 reg. GIP.

² V. VINCENZO CAVALLO, *L'esercizio del diritto nella teoria generale del reato*, Napoli, Jovene, 1939, pp. 155 ss.; BALDASSARRE COCURULLO, *L'ingiuria e la diffamazione nel nuovo codice penale*, Foggia, Dauno, 1934, pp. 138 ss.; GENNARO GUADAGNO, *Manuale di diritto penale*, II, Roma, Stamperia nazionale, 1967, pp. 846 ss.; GIUSEPPE MAGGIORE, *Diritto penale*, Bologna, Zanichelli, 1961, II, pp. 854 ss.; SALVATORE MESSINA, *Teoria generale dei delitti contro l'onore*, Roma, Libreria ricerche, 1953, pp. 106 ss. (n. 32 ss.); REMO PANNAIN, *Manuale di diritto penale*, Torino, UTET, 1962, I, pp. 175 ss.

³ MARIO CICALA, *Introduzione allo studio sulla natura giuridica delle cause speciali di non punibilità*, in *Foro pen.*, 1947, pp. 3 ss.; EUGENIO JANNITTI PIROMALLO, in UGO CONTI (a cura di), *Il codice penale*, III, Milano, Società editrice libraria, 1936, pp. 311 ss.; FILIPPO LONARDO, *L'immunità giudiziale nel nuovo codice penale*, in *Riv. pen.*, 1932, pp. 427 ss.; SILVIO RANIERI, *Manuale di diritto penale*, III, Padova, CEDAM, 1952, pp. 243 ss.

⁴ FRANCESCO ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, I, Milano, Giuffrè, 1996, pp. 149 ss.; ALESSANDRO FORCHINO, voce *Ingiuria e diffamazione*, in *Nss. Dig. it.*; VINCENZO MANZINI, *Trattato di diritto penale*, VIII, Torino, UTET, 1950, pp. 490 ss.; RAOUL ALBERTO FROSALI, *Sistema penale italiano*, II, Firenze, Flli Parenti, 1958, pp. 91 ss.

⁵ GIOVANNA CALEFFI, *Dell'immunità giudiziale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1951, pp. 650 ss.; BERNARDINO ALIMENA, *Principi di diritto penale*, II, Napoli, Pierro, 1912, p. 524; LUIGI MAJNO, *Commento al codice penale italiano*, III, Torino, UTET, 1915, p. 430; MARIO STOPPATO, *L'immunità giudiziale per il delitto di ingiurie*, in *Temi veneta*, 1900, pp. 493 ss.; FRANCESCO CARRARA, *Programma. Parte speciale*, III, Firenze, Flli Cammelli, 1897, pp. 119 ss. Cfr. anche GIANDOMENICO PISAPIA, *Fondamento e limiti delle cause di esclusione della pena*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1952, pp. 3 ss.; CESARE ZACCONE, *Natura giuridica e limiti di applicabilità della disposizione dell'art. 598 cod. pen.*, in *Giur. it.*, 1952, II, 26 ss.; NELLO GUARINIELLO, *Dell'immunità giudiziale*, in *Dif. pen.*, 1983, pp. 171 ss.; SCIPIONE PIACENZA, *Cause di non punibilità ed art. 598 c.p.*, in *Giust. pen.*, 1955, II, pp. 609 ss.; GAETANO FOSCHINI, *L'immunità giudiziale*, *ivi*, 1951, pp. 803 ss.; MARIO SPASARI, *Sintesi d'uno studio sui delitti contro l'onore*, Milano, Giuffrè, 1961, pp. 121 ss.; RAFFAELE DOLCE, *Lineamenti d'una teoria generale delle scusanti nel diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1957, pp. 138 ss.

tuttora discusso in dottrina se l'art. 598 c.p., comma 1, preveda una causa di giustificazione, che esclude l'illiceità del fatto, od una causa di non punibilità *stricto sensu*, che non ne esclude l'illiceità.

Il caso *de quo* riguardava una querela *ex art. 595 c.p.*, originata da un'istanza presentata al Tribunale ecclesiastico della Regione Conciliare Flaminia, a Bologna, nella quale la parte querelante aveva ritenuto di ravvisare, nei fatti⁶ riferitivi, elementi tali da offendere il proprio onore e ledere la propria reputazione⁷.

Il P.M., però, richiedeva l'archiviazione, poi effettivamente concessa, ritenendo l'esimente *ex art. 598 c.p.* invocabile anche per atti e scritti prodotti dinanzi ai Tribunali ecclesiastici⁸.

Nonostante la connotazione privatistica del diritto ecclesiastico, che, nato come diritto ecclesiastico civile, riguarda anche aspetti squisitamente privati della persona⁹, tra i quali vi sono di certo matrimonio ed onore, questa problematica è già stata più volte affrontata dalla giurisprudenza¹⁰ e, in misura minore, dalla dottrina penalistica, le quali, considerando che “[non] è vero che in linea di principio gli atti canonici non trovino corrispondenza nell'ordinamento civile e che se ciò si verifica è puramente casuale”¹¹, sono giunte ad una sostanzialmente unanime conclusione favorevole all'applicabilità dell'esimente giudiziale: “Il richiamo ad istituti dell'ordinamento canonico che viene effettuato dall'ordinamento italiano in materia matrimoniale rende applicabile la causa di non punibilità dell'esercizio del diritto, rispetto alle espressioni offensive della altrui reputazione usate dalle parti o [addirittura] dai testimoni nel corso d'un procedimento di nullità d'un

⁶ Cfr., per l'impostazione teorica generale, MARIO TEDESCHI, *Psicopatia e consenso matrimoniale*, in *Dir. eccl.*, 1980, pp. 29 ss.

⁷ Cfr. MARIA GABRIELLA BELGIORNO DE STEFANO, *In tema di “impotentia coeundi”*, in *Temi rom.*, 1977, pp. 128 ss.; EADEM, *Divorzio, separazione e matrimonio concordatario*, in AA.VV., *Studi in onore di Lorenzo Spinelli*, I, Modena, Mucchi, 1989, pp. 47 ss.; OMBRETTA FUMAGALLI CARULLI, *Il matrimonio canonico dopo il Concilio. Capacità e consenso*, Milano, Giuffrè, 1978, pp. 191 ss.; RICHARD PUZA, *Der Ebenichtigkeitsprozeß muß vereinfacht werden*, in *ThQ*, CLXXVI (1996), pp. 153 ss.

⁸ V. PLACIDO SIRACUSANO, voce *Ingiuria e diffamazione*, in *Dig. pen.*; RAFFAELE DOLCE, voce *Esimenti*, in *Enc. dir.*; ANIELLO NAPPI, voce *Ingiuria e diffamazione*, in *Enc. giur.*

⁹ Cfr. MARIO TEDESCHI, *Sulla scienza del diritto ecclesiastico*, Milano, Giuffrè, 1987, pp. 83 ss.; ID., *Gruppi sociali, confessioni e libertà religiosa*, in *Dir. fam. pers.*, 1993, p. 273.

¹⁰ V. Pret. Napoli, 13 gennaio 1951; Pret. Bari, 30 novembre 1951; Pret. Notaresco, 30 settembre 1969, in *Arch. pen.*, 1970, II, pp. 361 ss.; Pret. Roma, 11 aprile 1970, in *Foro it.*, 1971, II, pp. 14 ss.; Pret. Roma, 23 febbraio 1970, *ivi*; Trib. Roma, 27 marzo 1971, in *Giur. it.*, 1973, II, pp. 152 ss.; Cass., I, 29 febbraio 1952, n. 567.

¹¹ MARIO TEDESCHI, *Nullità o annullabilità tra matrimonio civile e canonico*, in SALVATORE BORDONALI – ANTONIO PALAZZO (a cura di), *Concordato e legge matrimoniale*, Napoli, Jovene, 1990, p. 452.

matrimonio religioso avanti a un Tribunale ecclesiastico”¹².

Post hoc, ergo propter hoc, “pensiamo che non potrebbe pronunciarsi condanna per ingiurie contenute negli scritti difensivi prodotti dinanzi ai tribunali ecclesiastici. Il disposto degli articoli 598 c.p. e 63 c.p.c. [ora art. 89 c.p.c., NdA] si riferisce a controversie che si svolgono dinanzi ai tribunali dello Stato, ma contiene un principio di ragion generale, volto ad assicurare la libertà della difesa, che deve a nostro avviso valere per i dibattimenti dinanzi a qualsiasi organo giurisdizionale”¹³, tanto più considerando che “la legge non esige che l'autorità giudiziaria sia [...] composta di membri dell'ordine giudiziario”¹⁴, limitandosi a richiedere che sia rivestita di giurisdizione¹⁵: ebbene, anche se “quella canonica è la giurisdizione d'un ordinamento confessionale [...] in nessun modo assimilabile a quella d'uno Stato straniero”¹⁶, è anche vero che “la normativa [...] lascia [...] pochi margini di discussione, poiché deve constatarsi che la giurisdizione ecclesiastica è riconosciuta anche dall'art. 2 n. 1 Conc. e dall'art. 4 lett. b) del Protocollo addizionale”¹⁷.

La giurisdizione dei tribunali ecclesiastici, secondo la stessa Corte costituzionale, non è in contrasto con l'art. 102 Cost.¹⁸, e ne va “riconosciuta la compatibilità con il nuovo ordinamento costituzionale”¹⁹, dato che “un giudice ed un giudizio sono pur sempre garantiti; e si tratta di organi e di procedimenti la cui natura giurisdizionale è suffragata da una tradizione plurisecolare”²⁰.

Orientamento, questo, al quale si è recentemente uniformato anche il Consiglio di Stato, affermando che le sentenze dei Tribunali ecclesiastici “se pure rese da un potere giudiziario non appartenente allo Stato italiano, non di

¹² ALESSANDRO GAMBERINI, *Le scriminanti*, in FRANCO BRICOLA – VLADIMIRO ZAGREBELSKY, *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, Torino, UTET, 1996, cap. XIV, p. 44.

¹³ ARTURO CARLO JEMOLO, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, Città di Castello, Leonardo da Vinci, 1934, p. 195.

¹⁴ ALFREDO JANNITTI PIROMALLO, *Ingiuria e diffamazione*, Torino, UTET, 1953, p. 127.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ MARIO TEDESCHI, *Ancora su giurisdizione canonica e civile. Problemi e prospettive*, in *Dir. eccl.*, 1994, p. 212.

¹⁷ *Ibidem*, p. 213. Per l'impostazione teorica generale, v. MARIO TEDESCHI, *Prime impressioni sul nuovo accordo*, in AA.VV., *Nuovi accordi fra Stato e confessioni religiose*, Milano, Giuffrè, 1985, pp. 449 ss. ed in *Dir. eccl.*, 1984, pp. 685 ss.; ID., *L'accordo di modificazione del Concordato lateranense tra la Repubblica italiana e la S. Sede del 18 febbraio 1984*, in *Rev. esp. der. can.*, 1985, pp. 61 ss.; GUSTAVO ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Torino, EGES, 1984, pp. 150 ss.

¹⁸ C. Cost., 24 febbraio 1971, n. 30.

¹⁹ C. Cost., 6 dicembre 1973, n. 175; v. GAETANO CATALANO, *La giurisdizione ecclesiastica matrimoniale nelle sentenze costituzionali n. 175 e n. 176 del 1973*, in *Dir. fam. pers.*, 1974, pp. 297 ss. V. anche C. Cost., 4 gennaio 1977, n. 1.

²⁰ C. Cost., 22 gennaio 1982, n. 18.

meno sono destinate ad acquisire, nello stesso, piena efficacia e forza cogente, in una situazione di pari dignità giuridica con le sentenze di scioglimento del vincolo matrimoniale civile assunte dagli organi giudiziari nazionali”²¹.

Certamente la giurisdizione ecclesiastica “per strutture, modi e forme è ben diversa da quella degli ordinamenti statuali e conseguentemente si svolge ed esercita in maniere profondamente diverse”²², tuttavia, dice la Corte costituzionale, “il diritto alla tutela giurisdizionale si colloca al dichiarato livello di principio supremo solo nel suo nucleo più ristretto ed essenziale [...] ma tale qualifica non può certo estendersi ai vari istituti in cui esso concretamente si estrinseca e secondo le mutevoli esigenze storicamente si atteggia”²³, sicché, ammettendo che il diritto alla tutela giurisdizionale “non possa essere inteso come diritto ad un particolare procedimento giurisdizionale, disciplinato da questo o quell’ordinamento giuridico, che possa assumere valore parametrico”²⁴, si potrà concludere che *sint ut sunt, aut non sint*: per l’art. 598 c.p. è sufficiente che la giurisdizione ecclesiastica sia «giurisdizione», non una giurisdizione come quella statale²⁵.

Acclarato dunque come non siano in discussione gli aspetti ontologici di tale giurisdizione²⁶, la potremo definire come “attività giurisdizionale indipendente, estranea allo Stato [ma non] straniera in senso tecnico”²⁷, dal momento che “la giurisdizione canonica non è una giurisdizione speciale [...] ma una giurisdizione indipendente, riservata o immune [...] E se non v’è dubbio che nel proprio ambito l’attività del giudice canonico ha carattere giurisdizionale, per il nostro ordinamento – concorde con il Carnelutti – «quel provvedimento

²¹ C. Stato, V, 14 novembre 2006, n. 6681.

²² V. PASQUALE COLELLA, *Il ‘ridimensionamento’ della giurisdizione ecclesiastica in materia matrimoniale a seguito delle sentenze nn. 16 e 18 della Corte costituzionale*, in *Dir. giur.*, 1982, p. 7; PIERO BELLINI, *Matrimonio concordatario e principio di uguaglianza*, in *Dir. eccl.*, 1982, pp. 360 ss.

²³ C. Cost., 22 gennaio 1982, n. 18. Cfr. FRANCO MODUGNO, *I principi costituzionali supremi come parametro del giudizio di legittimità costituzionale*, in FRANCO MODUGNO – ANTONIO STEFANO AGRÒ (a cura di), *Il principio di unità del controllo sulle leggi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1991, pp. 254 ss. Sulla “sacralizzazione dei valori costituzionalizzati”, v. LUIGI FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 1989, p. 216.

²⁴ RAFFAELE BOTTA, *La revisione non diplomatica del Concordato lateranense*, in *Dir. eccl.*, 1982, p. 503. V. anche LUIGI DE LUCA, *Il ‘matrimonio concordatario’ esiste ancora?*, in *Giur. cost.*, 1982, pp. 428 ss.

²⁵ RAFFAELE BOTTA, *La revisione non diplomatica del Concordato lateranense*, cit. V. anche ID., *La ‘delibazione’ delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale di fronte alla Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Corr. giur.*, 2002, pp. 167 ss.

²⁶ MARIO TEDESCHI, *Ancora su giurisdizione canonica e civile. Problemi e prospettive*, in *Dir. eccl.*, 1994, p. 214. V. anche Cass., SU, 13 febbraio 1993, n. 1824, in *Corr. giur.*, 1993, pp. 291 ss.

²⁷ CESARE MAGNI, *Gli effetti civili del matrimonio canonico*, Padova, CEDAM, 1965, p. 160, cit. *ivi*.

estraneo è presupposto col carattere d'un equipollente giurisdizionale d'un provvedimento interno. La giurisdizione canonica è dunque riconosciuta come giurisdizione spirituale, confessionale, indipendente»²⁸, «alla quale il fedele si è volontariamente sottoposto e che come tale è riconosciuta dal nostro ordinamento»²⁹.

Se, in generale, «non è però agevole stabilire in quali ipotesi possa effettivamente parlarsi di attività [della Chiesa] giuridicamente rilevanti nel diritto dello Stato [...] è tuttavia possibile fissare dei criteri generali, che valgano da orientamento nella soluzione da adottare nei singoli casi controversi. Scriveva lo Jemolo [...] che «sono sempre giuridicamente rilevanti per lo Stato le attività che vengono ad avere conseguenze economiche, mediate o immediate, nei riguardi dei singoli, e quelle che si ripercuotono sui beni non economici indubbiamente tutelati dal diritto statale [come il] diritto all'onore»³⁰.

«L'art. 598 parla di autorità giudiziaria in genere. [...] Quello che interessa è che il magistrato sia chiamato a pronunciare su una controversia, che cioè eserciti la sua attività giurisdizionale e non delle funzioni di carattere amministrativo»³¹, e sappiamo che «l'ordinamento giuridico statale – pur considerando ai propri effetti soltanto le valutazioni normative ch'esso pone, e a cui riserva l'apporto dei suoi mezzi di realizzazione giuridica – non disconosce, tuttavia, la giuridicità intrinseca della concorrente regolamentazione canonica, presa nel suo ambito formale originario; mostra, anzi, di riconoscerla implicitamente per il fatto stesso di assumere ai propri effetti e sotto forma appunto di situazioni giuridiche concrete – i risultati del funzionamento del diritto della Chiesa, nel suo proprio ambito formale originario»³².

²⁸ MARIO TEDESCHI, *Ancora su giurisdizione canonica e civile. Problemi e prospettive*, cit., pp. 221-222. Il passo citato è di CESARE MAGNI, *op. cit.*, p. 166. V. FRANCESCO CARNELUTTI, *La prova civile*, Roma, Edizioni Ateneo, 1947, pp. 64 ss.; ID., *Istituzioni del nuovo processo civile*, Roma, Ed. del Foro italiano, 1942, I, p. 447.

²⁹ MARIO TEDESCHI, *La riserva di giurisdizione alla prova. Prospettazioni teleologiche e realtà ontologica*, in *Dir. fam. pers.*, 1993, p. 541.

³⁰ SERGIO LARICIA, voce *Giurisdizione ecclesiastica*, in *Enc. dir.*, XIX, p. 480. Il passo citato è di ARTURO CARLO JEMOLO, *Elementi di diritto ecclesiastico*, Firenze, Vallecchi, 1927, p. 282. V. anche App. Trani, 28 novembre 1883, in *Foro it., Rep.*, 1884, voce *Ministri del culto*, nn. 1-3, cit. da ARTURO CARLO JEMOLO, *Le norme sugli abusi dei ministri di culto (1871-1931)*, in AA.VV., *Studi in onore di V. Del Giudice*, II, Milano, Giuffrè, 1953, p. 11.

³¹ FILIPPO LONARDO, *L'immunità giudiziale nel nuovo codice penale*, in *Riv. pen.*, 1932, p. 435. Cfr. ID., *Ancora sull'immunità giudiziale*, *ivi*, 1933, pp. 649 ss.

³² PIERO BELLINI, *Poteri disciplinari della gerarchia ecclesiastica e diritto penale dello Stato*, in *Dir. eccl.*, 1958, p. 238, n. 6.

I. La giurisdizione dei Tribunali ecclesiastici

Una prima teoria negherebbe l'esistenza stessa della diffamazione, mancando l'elemento di pubblicità delle affermazioni asseritamente diffamatorie, stante il carattere di segretezza *ex cann.* 1455, §§ 1 e 3, e 1559³³; questo punto di vista, tuttavia, non pare convincente, giacché, *in primis*, il segreto d'ufficio è prescritto *semper* solo *in iudicio poenali*, mentre in quello contenzioso solo *si ex revelatione alicuius actus processualis praeiudicium partibus obvenire possit*; e comunque, *in secundis*, dato che il can. 1425 parla di tribunale collegiale *trium iudicum*, si avrebbe in ogni caso l'estremo della comunicazione ad almeno due persone richiesto dall'art. 595 c.p., integrato il quale nulla più è necessario³⁴, dato che "essa non perde il carattere criminoso se è fatta in via confidenziale o riservata"³⁵.

L'esigenza alla base dell'esimente ne giustifica l'applicazione anche rispetto ai giudizi ecclesiastici, dato che "la possibilità che il diritto dello Stato e quello della Chiesa concorrano a qualificare i medesimi comportamenti individuali appare cosa del tutto naturale, se si pensa che tali ordinamenti operano entrambi in uno stesso ambito sociale"³⁶; l'art. 598, infatti, tutela non già l'interesse dello Stato al buon funzionamento del potere giurisdizionale, bensì la persona; nel caso specifico, poi, un'offesa alla persona può restare impunita nell'ambito d'una *finium regundorum*³⁷ fra interessi collidenti di persone diverse³⁸: nel conflitto fra due interessi egualmente protetti, l'ordinamento giuridico tutela l'interesse ritenuto socialmente più importante, col sacrificio dell'altro interesse³⁹, vale a dire che l'esimente dimostra di consi-

³³ V. ANGELO LICASTRO, *Dichiarazioni ingiuriose rese nel procedimento di nullità matrimoniale e segreto professionale del giudice ecclesiastico*, in *QDPE*, 1990, p. 557.

³⁴ VINCENZO MANZINI, *Diritto penale italiano*, VIII, Torino, UTET, 1947, p. 537; FRANCESCO CARNELUTTI, *Allegazioni ingiuriose*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1939, II, pp. 44 ss.

³⁵ FRANCESCO ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, I, *cit.*, p. 192.

³⁶ PIERO BELLINI, *Poteri disciplinari della gerarchia ecclesiastica e diritto penale dello Stato*, *cit.*, p. 233.

³⁷ V. SALVATORE MESSINA, *Teoria generale dei delitti contro l'onore*, *cit.*, pp. 105 ss.

³⁸ Per gli aspetti teorici generali delle differenze fra la teoria del bilanciamento degli interessi e quella dell'adeguatezza sociale, la cui esposizione qui andrebbe *ultra petita*, v. VINCENZO CAVALLO, *L'esercizio del diritto*, *cit.*; MAURO LEONE, *L'esimente dell'esercizio d'un diritto*, Napoli, Jovene, 1970; AA.VV., *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Napoli, Jovene, 1985; JOAQUÍN LLOBELL TUSET, *Contemperamento tra gli interessi lesi e i diritti dell'imputato: il diritto all'equo processo*, in *Ius Eccl.*, XVI (2004), pp. 363 ss. Per l'impostazione teorica generale sui diritti dei soggetti nella Chiesa v. (per il CIC-1917) MARIO TEDESCHI, *Preliminari a uno studio dell'associazionismo spontaneo nella Chiesa*, Milano, Giuffrè, 1974; (per il CIC-1983) JUAN IGNACIO ARRIETA OCHOA DE CHINCHETRU, *I diritti dei soggetti nell'ordinamento canonico*, in *Lex Nova* (poi *Fidelium Iura*), I (1991), pp. 21 ss.

³⁹ V. ARTURO SANTORO, voce *Esercizio d'un diritto, adempimento d'un dovere. Diritto penale comune*,

derare prevalente il diritto alla difesa rispetto a quello all'onore personale⁴⁰; in nome dell'esigenza fondamentale di garantire che il diritto di difesa non sia attuato in modo parziale e frammentario, perciò, prevarrà la libertà di difesa⁴¹: altri autori, viceversa, ritengono che quella dell'art. 598 c.p. sia non già una semplice scriminante, bensì “una vera e propria immunità giudiziale [...], che trova il suo fondamento in una ragione d'ordine politico, cioè nell'interesse pubblico che la difesa sia libera, affinché possa essere efficiente”⁴²; se, infatti, “consideriamo in particolare le immunità poste dal diritto pubblico interno – qui è ragionevole supporre che il legislatore si muova per linee consentanee alla struttura del sistema – dobbiamo rilevare come il *novum* portato dalla Costituzione abbia spostato l'asse della disciplina dell'istituto dal piano della sacertà e della inviolabilità personale a quello della strumentalità [...], facendo dell'immunità garanzia del libero esercizio di funzioni che postulano, almeno in una data misura, l'inattività dei limiti giuridici astrattamente ad esse riferibili. Val quanto dire che l'atto [...] è posto al di fuori della tutela penale [...] perché tende a finalità prevalenti sull'interesse che può esserne leso”⁴³.

“Altrimenti sarebbe inutile la stessa previsione dell'esimente nell'art. 598 c.p., dato che, essendo la difesa un diritto, la non punibilità di chi lede l'altrui decoro od onore perché costretto dalla necessità della sua difesa, è già assicurata dalla comune scriminante dell'esercizio d'un diritto, di cui all'art. 51 c.p. Non ‘la necessità della difesa’, dunque, costituisce la *ratio* dell'art. 598 c.p., ma

in *Nss. Dig. It.*, p. 825. V. PIERO CALAMANDREI, *Relazioni di buon vicinato tra giudice e difensori*, in *Id.*, *Opere giuridiche*, II, Napoli, Morano, 1966, pp. 410 ss.; MARIO ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 542.

⁴⁰ FRANCO TANDURA – DANIELA TONION, *Sull'oltraggio arrecato dal difensore al P.M. in udienza: nuovi aspetti giuridici conseguenti alla sentenza 380/1999 della Corte Costituzionale*, in *Riv. pen.*, 1999, pp. 1084 ss.; GIANLUIGI CARPEGGIANI, *L'immunità giudiziale: diritto di difendere o licenza di offendere?*, in *Crit. pen.*, 1991, pp. 63 ss.; FRANCESCO BARSOTTI, *Eccessi e freni moderatori della difesa forense*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, pp. 57 ss.; GIANCARLO MELLI, *L'oltraggio dell'imputato al testimone ed il diritto di difesa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, pp. 1055 ss.; PAOLO PISA, *Offese in scritti e discorsi pronunciati dinanzi ad autorità giudiziarie e amministrative e delitti di oltraggio*, *ivi*, pp. 518 ss.; ENZO MUSCO, *Diffamazione non punibile ai sensi dell' art. 598 c.p. e formula di proscioglimento*, *ivi*, 1970, pp. 208 ss.; RENATO PARTISANI, *La responsabilità aquiliana per espressioni offensive in discorsi e scritti defensionali*, in *Resp. civ.*, 2004, f. 10, pp. 36 ss.

⁴¹ Giurisprudenza concorde a partire da Cass., 27 aprile 1934, in *Annali dir. proc. pen.*, 1934, pp. 1407 ss.

⁴² GAETANO FOSCHINI, *Immunità per offese in scritti o discorsi giudiziali*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1951, p. 361.

⁴³ GUALTIERO MAJANI, *Fondamento e valore dell'esimente prevista dall'art. 598 c.p.*, Milano, Giuffrè, 1970, pp. 69-70. Cfr. PAOLO BISCARETTI DI RUFFIA, *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, Milano, Giuffrè, 1969, pp. 335 ss.

“la libertà della difesa”⁴⁴, come già affermato dall’art. 398 del c.p. abrogato, onde le parti “non vengano a soffrire detrimento o pregiudizio nei loro diritti ed interessi, anche se ciò potesse importare la necessità o anche soltanto l’utilità di scrivere o dire cose attinenti alla controversia che contengano offesa”⁴⁵.

“Nella parte generale del codice sono previste le dirimenti generali [...] all’art. 51, è stabilito che «l’esercizio d’un diritto... esclude la punibilità»; orbene, poiché l’art. 598 contempla appunto l’esercizio d’un diritto, è evidente che l’azione che lo sostanzia, che generalmente è proibita e costituisce reato, cessa d’essere proibita e, quindi, di costituire un reato”⁴⁶, dato che “l’esercizio del diritto deve essere previsto e permesso dalla stessa norma che costituisce la fonte del diritto particolare rispetto a quella assolutamente generica dell’art. 51”⁴⁷; questo, infatti, “grazie al semplice fatto della propria esistenza, e dell’attinenza a situazioni concrete, consente un continuo adeguamento dell’ordinamento ordinario a quello costituzionale. [...] Da ciò si ravvisa un ruolo di primaria importanza svolto dall’art. 51 c.p., che costituisce quindi la valvola di sicurezza grazie alla quale nell’ordinamento giuridico penale ordinario trovano applicazione i principî d’una Costituzione per la massima parte ad esso successiva”⁴⁸, visto che è sufficiente che l’ordinamento consenta “anche se implicitamente [...] l’azione che di regola costituisce reato”⁴⁹.

La stessa Corte costituzionale, peraltro, ha ricondotto l’immunità giudiziale all’esercizio del diritto di difesa, affermando che “la non punibilità delle offese prevista dall’art. 598 c.p. ha fondamento nella libertà di discussione delle parti contendenti sia nel caso di offesa strettamente necessaria, sia nel caso di offesa non necessaria che s’inserisce nel sistema difensivo dei procedimenti con funzione strumentale. E in proposito va considerato che la norma non attribuisce un diritto all’ingiuria, e quindi alla non punibilità, ma tutela la

⁴⁴ GAETANO FOSCHINI, *Limiti dell’immunità giudiziale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1952, pp. 130 ss. Conformi GIOVANNA CALEFFI, *Della immunità giudiziale*, *ivi*, pp. 650 ss.; GIOVANNA ICHINO, *La c.d. “parità delle armi”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, p. 1364. V. anche GAETANO FOSCHINI, *Immunità giudiziale e presentazione giudiziale dello scritto offensivo*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1952, pp. 274 ss.; GIUSEPPE TURRONI, *Sui limiti della cosiddetta immunità giudiziale*, in *Giur. it.*, 1972, II, 573.

⁴⁵ Cass., 18 febbraio 1907, in *Riv. pen.*, LXV (1939-40), p. 683.

⁴⁶ LEONE ZEPPIERI, *L’elemento psicologico e l’elemento oggettivo nell’immunità giudiziale*, in *Ann. dir. proc. pen.*, 1934, p. 1415. Conforme ARTURO ROCCO, *L’oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Milano, Ed. del Foro italiano, 1932, p. 526.

⁴⁷ Cass., 27 novembre 1968, in *Cass. pen.*, 1970, p. 386. V. anche RAOUL ALBERTO FROSALI, *L’esercizio d’un diritto nel sistema della causa di non punibilità*, in AA.VV., *Scritti giuridici in onore di V. Manzini*, Padova, CEDAM, 1954, p. 222.

⁴⁸ ALESSIO LANZI, *La scriminante dell’art. 51 c.p. e le libertà costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1983, p. 11.

⁴⁹ Cass., 3 marzo 1967, in *Cass. pen.*, 1968, p. 236.

libertà della difesa, che non sarebbe efficiente e quindi non libera da preoccupazioni di possibili incriminazioni per offese all'altrui onore e decoro"⁵⁰; "del resto, la lettera della norma, stabilendo la «non punibilità delle offese» senza alcuna specificazione di tempo e di luogo, varrebbe a confermare la portata estensiva della fattispecie"⁵¹.

La Cassazione, parimenti, ha ritenuto, per non sacrificare la libertà di difesa, che anche un eccesso difensivo debba ritenersi lecito, a condizione che le potenziali offese contenute negli scritti o discorsi delle parti o dei patrocinatori dinanzi all'Autorità giudiziaria siano pertinenti all'oggetto del contendere⁵², dato che "non basta vantare in astratto un diritto. È necessario che l'attività realizzata costituisca una (corretta) estrinsecazione delle facoltà inerenti al diritto in questione: se il modo mediante il quale il diritto viene esercitato non corrisponde ad una delle facoltà inerenti al diritto medesimo, si superano i confini dell'esercizio scriminante"⁵³; questo "rigoroso rapporto funzionale"⁵⁴, però, sebbene indispensabile, "può consistere in qualsiasi collegamento logico con l'oggetto della causa, anche indipendentemente dalla necessità o dall'utilità delle difese ai fini dell'esercizio del relativo diritto"⁵⁵, tesi confermata dalla Suprema Corte, secondo la quale, infatti, l'esimente dell'art. 598 c.p. non è condizionata da un rapporto di necessità fra le offese e l'oggetto del procedimento, essendo viceversa sufficiente un collegamento logico-causale fra le offese e l'oggetto del procedimento⁵⁶, giacché "ai fini

⁵⁰ C. Cost., n. 128, del 14 novembre 1979, in *Giust. pen.*, 1980, I, pp. 86 ss. Cfr. ROBERTO RAMPIONI, *Osservazioni sulle offese contenute negli scritti dei consulenti tecnici di parte*, in *Cass. pen.*, 1980, pp. 642 ss.

⁵¹ Trib. Milano, d. 21 novembre 2001, confermato da Cass., 1 ottobre 2003, n. 470.

⁵² Cass., 6 luglio 1953, in *Giust. pen.*, 1954, II, 508; Cass., 13 ottobre 1953, in *Riv. Pen.*, 1954, pp. 184 ss. V. FERNANDO MANTOVANI, voce *Esercizio del diritto*, cit., p. 667.

⁵³ V. GIOVANNI FIANDACA – ENZO MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, Zanichelli, 1985, p. 128. Cfr. Cass., III, 8 maggio 1996, n. 5889; GIOVANNI LE PERA, *Reato di diffamazione, persona disistimata e sfruttamento del processo penale*, in *Giust. pen.*, 1987, I, pp. 306 ss.; GIULIANO MARINI, *Delitti contro la persona*, Torino, Giappichelli, 1996, pp. 231 ss.

⁵⁴ V. ALBERTO CRESPI – GIUSEPPE ZUCCALÀ – FEDERICO STELLA, *Commentario breve al codice penale*, Padova, CEDAM, 2006, p. 229.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 1825.

⁵⁶ Cass., 18 novembre 1935, in *Giust. pen.*, 1936, II, 1484, 579; Cass., V, 12 ottobre 1970, n. 864, in *Giur. it.*, 1972, II, 574; Cass., I, 12 luglio 1974, n. 2083, in *Foro it.*, 1975, I, 120; Cass., II, 25 maggio 1951; Cass., 4 dicembre 1962; Cass., 22 gennaio 1963; Cass., 5 luglio 1960; Cass., 5 febbraio 1962; Cass., 10 novembre 1954, in *Giust. pen.*, 1955, III, pp. 579 ss.; Cass., V, 27 gennaio 2005, in *Cass. pen.*, 2006, pp. 2180 ss.

V. anche Pret. Roma, 22 luglio 1968; Trib. Trani, 17 novembre 1961; App. Roma, 28 aprile 1967, in *Foro it.*, 1968, I, 807; Trib. Milano, 24 aprile 1961; Trib. Venezia, 21 aprile 1971, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, pp. 1055 ss. Cfr. ENZO GAITO, *Ambito applicativo e natura giuridica della c.d. "immunità giudiziale"*, in *Arch. pen.*, 1968, II, pp. 110 ss.

dell'esimente di cui all'art. 598 c.p. non è [nemmeno] richiesto che le offese siano rese necessarie dal dibattito giudiziario e non siano dovute a risentimento personale, purché esse concernano l'oggetto della causa"⁵⁷; *ab illo tempore*, del resto, "l'*animus iniuriandi* suole anzi essere insito e caratteristico negli scritti e discorsi forensi, naturalmente ostili e aggressivi, e informati non rare volte a sentimenti personalmente avversi"⁵⁸, come dimostra il fatto che già gli imperatori Valentiniano e Valente avessero deplorato questa pratica, disponendo, con la costituzione *De postulando*, che "Ante omnia autem universi advocati ita praebent patrocinia iurgantibus, ut non ultra, quam litium poscit utilitas, in licentiam convinciendi et maledicendi temeritatem prorumpant, agant quod causa desiderat; temperent se ab iniuria"⁵⁹.

Cosicché la giurisprudenza è giunta a ritenere che "in relazione ad offese contenute in scritti o discorsi pronunciati dinanzi alle Autorità giudiziarie, ed ai fini della applicabilità della esimente prevista dall'art. 598 c.p., è sufficiente che le offese provengano dalle parti o dai loro patrocinatori e che concernano l'oggetto della causa o del ricorso pendente innanzi alla autorità giudiziaria o a quella amministrativa, a nulla rilevando che esse siano dirette a persone diverse dalle controparti o dai loro patrocinatori; rientrano pertanto nel campo di operatività della norma anche le offese dirette ai giudici delle precedenti fasi del giudizio o ai loro ausiliari, purché esse concernano l'oggetto della causa, dal momento che la 'ratio legis' è quella di consentire la massima libertà nella esplicazione del diritto di difesa"⁶⁰: "Non può esservi, infatti, offesa che sia necessariamente insita in una allegazione utile rispetto alla tutela dell'interesse dedotto nel procedimento, ove si tratti di offesa assolutamente generica, rivolta alla persona del soggetto passivo in quanto tale e non quale centro d'imputazione di fatti specifici e di circostanze concrete"⁶¹.

Secondo la Cassazione, infatti, "l'art. 598 c.p., nel prevedere che non siano

⁵⁷ Cass., II, 10 novembre 1954. Cfr. SERGIO RAMAJOLI, *Osservazioni sull'immunità giudiziale*, in *Arch. pen.*, 1954, pp. 462 ss.; MAURIZIO PEDRAZZA GORLERO, *Il "tono" dell'espressione verbale*, in *Giur. cost.*, 1972, I, pp. 775 ss.

⁵⁸ Cass., 26 settembre 1898, in *Riv. pen.*, XLIX (1923), pp. 140 ss. Conforme Cass., 26 aprile 1937, in *Ann. dir. proc. pen.*, 1937, pp. 995 ss.; Cass., I, I febbraio 1946, in *Giust. pen.*, 1947, II, pp. 74 ss. V. SCIPIONE PIACENZA, *Il problema del dolo nei reati contro l'onore*, *ivi*; GIUSEPPE ZUCCALÀ, *Dolo ed esercizio del diritto nel delitto di diffamazione*, in *Giur. it.*, 1948, II, 43 ss. Cfr., per l'impostazione teorica generale, EUGENIO FLORIAN, *Teoria psicologica della diffamazione*, Torino, Bocca, 1927; ID., *Ingiuria e diffamazione*, Milano, Società editrice libraria, 1939.

⁵⁹ Cod., 2, 6, 6, 1.

⁶⁰ Cass., V, 4 aprile 2000, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1707; v. anche Cass., V, 7 dicembre 1988, in *Giust. pen.*, 1990, II, p. 304, ed in *Cass. pen.*, 1990, I, p. 1914, ed in *Critica pen.*, 1991, p. 63.

⁶¹ GUALTIERO MAJANI, *Considerazioni sull'immunità giudiziale*, in *Boll. Ist. dir. proc. pen.*, 1963, p. 170.

punibili le offese contenute negli scritti presentati o nei discorsi pronunciati dalle parti o dai loro patrocinatori nei procedimenti giudiziari o amministrativi, quando esse concernano l'oggetto della causa o del ricorso, configura una causa di non punibilità in senso stretto, la quale trova applicazione, a preferenza di quella costituita dall'esercizio di un diritto, prevista dall'art. 51 c.p., quando le espressioni offensive, pur avendo attinenza con l'oggetto della causa o del ricorso, siano esorbitanti rispetto alle oggettive necessità difensive, rendendosi invece applicabile il cit. art. 51 c.p. allorché le suddette espressioni siano strettamente conferenti al diritto di difesa⁶², sicché "l'art. 598 c.p. costituisce [...] un'applicazione estensiva del più generale principio posto dall'art. 51 c.p., in quanto riconducibile all'art. 24 Cost."⁶³, fattispecie a struttura aperta che si rifiuta di recepire concetti rigidi ed imm modificabili nel tempo⁶⁴, sicché "l'art. 51 c.p., nella prospettiva dell'esercizio d'un diritto costituzionale, [esplica] un ruolo di primaria importanza nella prospettiva dell'adeguamento dell'ordinamento penale ai principî costituzionali. [E poiché] la norma costituzionale non è assolutamente limitata né condizionata da una norma di rango inferiore [...] sulla base della previsione espressa dell'art. 51 c.p., l'esercizio d'un diritto costituzionale scrimina un certo comportamento altrimenti penalmente rilevante"⁶⁵.

Se "non si potrebbe pretendere di porre, in via interpretativa, dei limiti a dei diritti sanciti solennemente dalla Costituzione"⁶⁶, alla luce della struttura e dell'operatività della scriminante dell'esercizio del diritto "ne deriva che – rispetto all'art. 51 c.p. – il diritto costituzionalmente garantito viene in considerazione come un qualsiasi altro diritto sancito da una norma ordinaria. [...]Ma, dal momento che i limiti esterni all'esercizio del diritto] promanano dal contesto normativo nel quale la norma è posta e, di regola, opera, riveste imprescindibile rilievo la constatazione che – trattandosi di norma costituzionale – solo nel contesto normativo costituzionale possono essere individuati dei limiti posti

⁶² Cass., VI, 30 settembre 2005, in *Riv. pen.*, 2006, pp. 189 ss., ed in *Cass. pen.*, 2006, pp. 1379 ss.

⁶³ Cass., V, 8 febbraio 2006, n. 6701. Cfr. MARIO CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, Milano, Giuffrè, 1976, pp. 188 ss.

⁶⁴ LUIGI PAOLO COMOGLIO, *Art. 24*, in GIUSEPPE BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1981, p. 5.

⁶⁵ ALESSIO LANZI, *La scriminante dell'art. 51 c.p. e le libertà costituzionali*, cit., pp. 51-52.

⁶⁶ V. CARLO SMURAGLIA, *L'attività interpretativa della Corte costituzionale ed il diritto di sciopero*, in *Riv. giur. lav.*, 1963, I, p. 249. Cfr. anche CARLO ESPOSITO, *Considerazioni sulla sentenza della Corte costituzionale 28 dicembre 1962, n. 124*, in *Giur. cost.*, 1962, pp. 1528 ss.; RAOUL ALBERTO FROSALI, *L'esercizio d'un diritto nel sistema delle cause di non punibilità*, in AA.VV., *Scritti giuridici in onore di V. Manzini*, cit., pp. 226 ss.; DARIO SANTAMARIA, *Lineamenti d'una dottrina delle esimenti*, Napoli, Morano, 1961.

all'esercizio del diritto sancito da quella norma. [...] Quando infatti ci si trova di fronte ad una fattispecie incriminatrice, e si verte in tema di condotta astrattamente riconducibile a tale fattispecie, ma costituente estrinsecazione d'una libertà costituzionale, ci si potrà riferire all'efficacia scriminante di quella estrinsecazione sempre che – tra l'altro – essa non avvenga al di là dei limiti esterni posti all'esercizio del diritto costituzionale; limiti (espressi) che però – si badi – non potranno mai ritenersi posti dal diritto penale o dalla stessa fattispecie incriminatrice, in quanto, di per sé, il diritto costituzionale non può tollerare dei limiti esterni che promanano da un ordinamento giuridico ordinario e di rango inferiore all'ordinamento superiore di cui esso fa parte”⁶⁷.

La sola condizione di applicabilità della norma è che “le espressioni ingiuriose concernano, in modo diretto ed immediato, l'oggetto della controversia ed abbiano rilevanza funzionale per le argomentazioni poste a sostegno della tesi prospettata o per l'accoglimento della domanda proposta”⁶⁸: “Deve essere esclusa [infatti] la necessità che le offese abbiano anche un contenuto minimo di verità, o che la stessa sia in qualche modo deducibile dal contesto, in quanto l'interesse tutelato è la libertà di difesa nella sua correlazione logica con la causa a prescindere dalla fondatezza dell'argomentazione”⁶⁹; in caso contrario, infatti, si verrebbe tratti a giudizio come autori d'un'attività legittima⁷⁰, laddove, invece, la dottrina è unanime nel riconoscere che anche fatti di per sé lesivi dell'altrui onore o reputazione possano essere non illegittimi, e dunque non punibili, se fenotipo d'un'azione giuridicamente lecita o penalmente indifferente⁷¹: ogni qual volta, infatti, si nega o si limita alla parte “il potere processuale di rappresentare al giudice la realtà dei fatti ad essa favorevole [...oppure] le si restringe il diritto di esibire i mezzi rappresentativi di quella realtà”⁷² le si

⁶⁷ ALESSIO LANZI, *La scriminante dell'art. 51 c.p. e le libertà costituzionali*, cit., pp. 55 ss.

⁶⁸ Cass., V, 23 settembre 1998, in *Cass. pen.*, 2000, p. 1225; Cass., V, 4 aprile 2000; Cass., V, 27 ottobre 1988, in *Giust. pen.*, 1989, II, c. 361; Cass., V, 12 febbraio 1987, in *Cass. pen.*, 1988, p. 835, ed in *Giust. pen.*, 1988, II, c. 49.

⁶⁹ Cass., V, 21 settembre 2004, in *Cass. pen.*, 2006, p. 956. Nello stesso senso Cass., 10 gennaio 1936, in *Giust. pen.*, 1936, II, 1317, 530; Cass., 29 febbraio 1952, in *Arch. ric. giur.*, 1952, I, 677, 1671.

⁷⁰ STEFANO ERBANI, *Il diritto di difendersi accusando nel processo e oltre il processo*, in *Quest. giust.*, 2004, I, pp. 202 ss.

⁷¹ VINCENZO MANZINI, *Trattato di diritto penale*, VIII, cit., nn. 2003 ss.

⁷² C. Cost., 3 giugno 1966, n. 53, in *Foro it.*, 1966, I, pp. 991 ss. Indirizzo costante in giurisprudenza e dottrina v.: C. Cost., 23 luglio 1974, in *Giur. cost.*, 1974, pp. 2376 ss.; C. Cost., 10 luglio 1975, n. 202, *ivi*, 1975, pp. 1573 ss.; MAURO CAPPELLETTI, *La sentenza del bastone e della carota*, *ivi*, 1974, pp. 3586 ss.; *Id.*, *Diritto di azione e di difesa e funzione concretizzatrice della giurisprudenza costituzionale (art. 24 Cost. e 'due process of law clause')*, *ivi*, 1961, pp. 1291 ss.

rifiuta in pratica il diritto di difesa⁷³, dato che la garanzia costituzionale de qua “non fissa a priori alcuna modalità tipica o necessaria di audizione e difesa, dando adito ad una disciplina differenziata del rito a seconda degli schemi variabili del processo”⁷⁴; la stessa Corte costituzionale, infatti, ha ritenuto che l’art. 24 Cost., II comma, si applichi a qualunque procedimento che, persino a prescindere dalla sua qualificabilità come giurisdizionale, possa sfociare in una misura limitativa della libertà personale⁷⁵.

“Diverse sono, infatti, le norme che nei vari ordinamenti regolano l’accesso agli organi giurisdizionali, diversi sono i principî che presiedono alla disciplina del processo: tuttavia quelle e questi trovano il proprio *humus* comune nel riconoscimento che, comunque, deve esser a tutti assicurata la possibilità di ricorrere avanti ad organi indipendenti e imparziali per qualsiasi controversia [...] Ossia che debba essere a tutti assicurato, come efficacemente si esprime la Corte costituzionale [nella sentenza n. 18 del 1982], «un giudice ed un giudizio»⁷⁶, partendo dal presupposto che “il carattere specifico della funzione processuale sta precisamente nella composizione della lite”⁷⁷ e che la giurisdizione sia strumento di risoluzione dei conflitti e trovi “la sua occasione nel divieto di ragione privata”⁷⁸.

L’esimente, quindi, ha lo scopo di garantire la più ampia delle libertà possibili nel difendere le proprie ragioni⁷⁹ “negli scritti presentati o nei discorsi pronunciati dalle parti o dai loro patrocinatori” (la norma, quindi, non ricomprende né gli scritti o discorsi fatti da consulenti tecnici o periti⁸⁰ oppure dinanzi a loro⁸¹, né quegli atti che, quantunque del difensore, avessero altra destinazione⁸²), al punto da rientrare, secondo alcuni autori, nel concetto di

⁷³ LUIGI PAOLO COMOGLIO, *Art. 24*, in GIUSEPPE BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit., p. 13.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 60.

⁷⁵ C. Cost., 29 maggio 1968, n. 53, in *Giur. cost.*, 1968, pp. 829 ss.; C. Cost., 25 maggio 1970, n. 76, *ivi*, 1970, pp. 1031 ss.

⁷⁶ RAFFAELE BOTTA, *La revisione non diplomatica del Concordato lateranense*, cit., p. 503.

⁷⁷ FRANCESCO CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, Padova, CEDAM, 1936, p. 231.

⁷⁸ VIRGILIO ANDRIOLI, *Lezioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, Jovene, 1973, p. 28.

⁷⁹ V. Cass., 8 febbraio 1946, in *Riv. pen.*, 1946, pp. 786 ss.

⁸⁰ V. Cass., V, 9 dicembre 1975, in *Mass. Cass. pen.*, 1977, p. 327; C. Cost., n. 128, del 14 novembre 1979, cit.; Cass., II, 22 giugno 1965. Cfr. ROBERTO RAMPIONI, *Immunità giudiziale (art. 598 cp) e consulente tecnico*, in *Cass. pen.*, 1977, pp. 327 ss.; FAUSTINO DE GREGORIO, *Questioni etico-giuridiche in tema di perizia e perito nel diritto processuale canonico*, in *Riv. int. fil. dir.*, LXXIX (2002), pp. 471 ss.

⁸¹ Cass., II, 22 giugno 1965, in *Mass. Cass. pen.*, 1966, p. 383.

⁸² V. Cass., II, 16 dicembre 1950, in *Giust. pen.*, 1951, II, 493; Cass., V, 10 febbraio 1989, n. 5403.

«non esigibilità»: “Quando l’agente per l’intervento di cause esterne od interne non ha potuto umanamente agire in modo diverso da come ha agito, quando cioè non è umanamente esigibile un comportamento diverso e conforme al precetto, non può esser dichiarato dalla legge colpevole”⁸³, concetto accolto dalla Cassazione, che, in tema di diffamazione, approvò l’assoluzione dell’imputato quando questi s’era trovato nella condizione materiale e morale di non poter agire diversamente⁸⁴, sicché “appare ragionevole ritenere che in tanto i comportamenti materialmente criminosi, che si pretendono posti nell’esercizio d’un diritto, possono dirsi vere e proprie manifestazioni di libertà e non di arbitrio, e considerarsi pertanto coperti dall’esimente dell’art. 51 cod. pen., in quanto, fra i comportamenti stessi e la realizzazione dell’interesse che si pone a fondamento del diritto intercorra uno stretto rapporto funzionale. Si può ammettere, cioè, che si sottraggano alla repressione penale, che altrimenti seguirebbe il suo corso ordinario, soltanto quelle [...] azioni] commesse nell’esercizio d’un diritto, che costituiscono effettivamente uno strumento insostituibile per conseguire il soddisfacimento dell’interesse che si pone a base del diritto stesso, che rappresentano cioè un mezzo senza il cui intervento il diritto subiettivo rimarrebbe svuotato del proprio contenuto”⁸⁵.

II. *L’analogia*

Una prima via per sostenere l’applicabilità dell’art. 598 c.p., dunque, è l’analogia: “Le norme che contemplan circostanze d’esclusione della colpevolezza o dell’antigiuridicità non sono eccezionali. Col dettare le disposizioni relative alle cause di esclusione di colpevolezza per il difetto d’uno dei suoi elementi, il codice non detta una disciplina in contrasto con quella della norma generale, ma ne esclude l’applicabilità per il venir meno di quella”⁸⁶: “La norma che dichiara lecita in determinate circostanze una data azione non è invece se non il rovescio della norma che, in assenza di tali circostanze, la

⁸³ LUIGI SCARANO, *La non esigibilità nel diritto penale*, in *Studi sassaresi*, XXI, 1948, pp. 121 ss.

⁸⁴ *Ibidem*, pp. 199 ss. Cfr. Cass., I, 27 novembre 1968, in *Giust. pen.*, 1970, II, nn. 188 e 397; Cass., 7 novembre 1952, in *Giur. compl. Cass. pen.*, 1952, III, 446; Cass., V, 27 gennaio 1981, n. 480; GIOVANNI PALUMBO, *Fino a che punto l’avvocato può difendere?*, in *Foro nap.*, 1980, f. 3, pp. 127 ss.; GIUSEPPE SPAGNOLO, *Gli elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti*, Padova, CEDAM, 1980, pp. 93 ss.

⁸⁵ PIERO BELLINI, *Poteri disciplinari della gerarchia ecclesiastica e diritto penale dello Stato*, cit., p. 257.

⁸⁶ GIACOMO DELITALA, *Analogia in bonam partem*, in *Scritti in memoria di E. Massari*, Napoli, Jovene, 1938, p. 517.

dichiara punibile e in nessun modo si pone come una eccezione rispetto a quest'ultima⁸⁷.

Le norme relative alle circostanze d'esclusione di colpevolezza ed antigiuridicità, poi, essendo di diritto comune sono passibili d'analogia⁸⁸, giacché, *in primis*, le norme che prevedono le cause di giustificazione non sono espressione di diritto eccezionale, sfuggendo così al divieto d'estensione analogica delle leggi eccezionali; *in secundis*, poi, l'analogia *in bonam partem* si sottrae al divieto d'analogia delle norme penali, poiché le ragioni di garanzia che costituiscono il fondamento di tale divieto non rileverebbero qualora l'attività interpretativa conducesse a risultati *pro reo*⁸⁹; "si deve escludere [dunque] che le norme disciplinanti le cause di giustificazione siano eccezionali, e ciò per due ragioni: a) perché i precetti che vietano determinate azioni [...] più che vere e proprie regole generali sono imperativi particolari; b) perché le norme anzidette, lungi dal costituire deviazioni dalle direttive dell'ordinamento giuridico, sono esse stesse espressioni di principî generali [...] Il divieto dell'art. 14 delle preleggi, quindi, non può operare in questo campo. Siamo d'avviso, in conseguenza, che in tema di scriminanti sia ammissibile il procedimento analogico, conformemente all'insegnamento dei maggiori criminalisti, a cominciare dal Carrara⁹⁰, il quale scrisse: «Per analogia non si può estendere la pena da caso a caso: per analogia si deve estendere da caso a caso la scusa»⁹¹.

Proprio a proposito dell'art. 598, inoltre, la Corte costituzionale ha affermato che "la diversa intenzione del legislatore non è decisiva ai fini del-

⁸⁷ GIROLAMO BELLAVISTA, *L'interpretazione della legge penale*, Roma, Ulpiano, 1936, pp. 125 ss., *cit.* da GIULIANO VASSALLI, *Limiti del divieto d'analogia in materia penale*, *cit.*, p. 111.

⁸⁸ V. GIUSEPPE BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*, Palermo, Priulla, 1950, pp. 92 ss. e 251 ss.; SILVIO RANIERI, *Diritto penale. Parte generale*, Milano, Ambrosiana, 1945, p. 44.

⁸⁹ CARLO FEDERICO GROSSO, voce *Cause di giustificazione*, in *Enc. giur.*, p. 7; ID., *Le scriminanti: una problematica ignorata dal progetto di riforma della parte generale del codice penale*, in *Pol. dir.*, 1975, pp. 640 ss.; FILIPPO GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, I, Milano, Giuffrè, 1952, pp. 347 ss.

⁹⁰ FRANCESCO CARRARA, *Programma di diritto criminale*, Lucca, Giusti, 1872, n. 890. Conformi FERNANDO MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, CEDAM, 1988, pp. 109 ss.; GIOVANNI FIANDACA – ENZO MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, *cit.*, p. 49; MARCO BOSCARRELLI, *Compendio di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 1994, p. 16; ANTONIO PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 1987, p. 95; GIORGIO MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 1239.

⁹¹ FRANCESCO ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 1994, p. 91. La massima qui citata è condivisa, oltre che da Carrara, anche da Tolomei, Pessina, Vassalli: v. MARIA GRAZIA MAGLIO – FERNANDO GIANNELLI, *Le fonti del diritto penale*, in *Riv. pen.*, 1998, p. 1079. Sugli esempi di interpretazione *in bonam partem*, cfr. anche VITTORIO MANES, *L'incidenza delle 'decisioni-quadro' sull'interpretazione in materia penale: profili di diritto sostanziale*, in *Cass. pen.*, 2006, pp. 1150 ss.

l'interpretazione della norma [giacché] essendo possibile un'interpretazione che rende la norma compatibile con i principî costituzionali, essa deve essere preferita⁹², dato che “la non punibilità delle offese di cui all'art. 598 c.p. [...] si fonda sull'esigenza di assicurare una piena libertà ed esplicazione della difesa [...], strumentale alla formazione del giudizio per l'uso di espressioni nel contesto difensivo che potrebbero essere ritenute offensive. Tale finalità di tutela è evidente dai limiti di applicabilità dell'esimente⁹³, e “l'identità della ratio postula l'identità della *legis dispositio* per procedimento analogico [...] ed il fatto che si tratti di Tribunali ecclesiastici] non impedisce applicazione analogica delle situazioni soggettive *ex art.* 598 c.p., perché consente l'esercizio di quegli *iura* riconosciuti dallo Stato⁹⁴.”

III. *L'esercizio d'un diritto*

Una seconda teoria vuole “interpretare estensivamente la norma, e l'interpretazione estensiva è sempre ammissibile, anche nelle norme penali [...] La dizione letterale dell'art. 598 chiaramente non contrasta con tale interpretazione [...] Nulla autorizza a ritenere che nei termini ‘Autorità giudiziaria’ la legge abbia inteso riferirsi esclusivamente alla giurisdizione italiana; la stessa espressione viene altrove usata per indicare in modo non equivoco l'Autorità giudiziaria straniera (art. 12 c.p.) e laddove si è reso necessario distinguere tra giudice italiano e straniero esplicitamente la legge menziona la ‘Autorità giudiziaria italiana’ e la ‘Autorità giudiziaria straniera’ (art. 604 c.p.p.)⁹⁵.”

In virtù di tali presupposti, perciò, questa medesima *ratio* giustifica l'applicabilità della norma sulla *libertas conviciandi* anche nel foro ecclesiastico matrimoniale⁹⁶, eventualmente anche sulla base dell'art. 51 c.p., prescindendo dalla “pretesa ‘eccezionalità’ della norma contenuta nell'art. 598 cod. pen.: la quale invece [...] non costituisce se non una particolare applicazione della

⁹² C. Cost., n. 380, 7 ottobre 1999. Sulle intenzioni del legislatore in merito a questo articolo, v. *Relazione al Progetto definitivo d'un nuovo codice penale*, in *Lav. prep.*, V, II, Roma, 1929, pp. 406 ss.

⁹³ OLGA SIMEONI, *Un'interpretazione legittimante dell'art. 598 c.p.*, in *Nuovo diritto*, 2000, pp. 191 ss.

⁹⁴ GINESIO MANTUANO, “*Libertas convici*” davanti ai tribunali ecclesiastici e diritto penale dello Stato, in *Dir. eccl.*, 1971, p. 162.

⁹⁵ FEDERICO DELLE GRAZIE, *Ancora sull'immunità giudiziaria dell'art. 598 c.p. nei giudizi ecclesiastici*, in *Riv. pen.*, 1952, p. 825.

⁹⁶ V. GIUSEPPE OLIVERO, *Diffamazione in giudizio ecclesiastico ed esimente dell'art. 598 codice penale*, in *Giur. it.*, 1951, II, 237. Cfr. CARLO SPAGNOLO, *L'immunità giudiziaria dell'art. 598 c.p. in giudizio ecclesiastico*, in *Riv. pen.*, 1952, pp. 442 ss.

norma generale contenuta, circa l'esercizio d'un diritto, nell'art. 51 del codice penale. Ed è quindi altrettanto certo che, anche dove una causa di liceità non può essere stabilita argomentando in diretta analogia con l'art. 598, potrà tuttavia la causa stessa farsi direttamente discendere dall'art. 51 c.p., riconoscendo magari, per analogia con altri diritti o poteri, espressamente sanciti in norme non penali, l'esistenza d'un diritto capace appunto a discriminare in virtù della norma contenuta nell'art. 51 c.p.⁹⁷.

“L'esimente di cui all'art. 598 cod. pen. [...] infatti] costituisce applicazione estensiva del più generale principio posto dall'art. 51 cod. pen. [dato che] tutti gli atti funzionali all'esercizio del diritto di difesa, anche se precedenti l'apertura del procedimento, debbono essere ricondotti al criterio dell'immunità giudiziale⁹⁸, compresi, oggi, anche gli atti introduttivi, incluso l'atto di citazione⁹⁹ e, più in generale, quelli che costituiscano un'attività strumentale e, quindi, paragiudiziale e propedeutica a quella giudiziaria, laddove dovesse essere obbligatoriamente esperita a pena di improcedibilità dell'azione giudiziaria¹⁰⁰.

“La liceità piena dell'esercizio d'un diritto costituisce un principio fondamentale dell'intero ordinamento, ed è irrilevante a tale proposito la collocazione della norma relativa nel codice penale¹⁰¹, come sottolineato dalla stessa Cassazione¹⁰², ed anche “occorre che la legge consenta, per lo meno implicitamente, di esercitarlo [questo diritto] mediante quella determinata azione che di regola costituisce reato”¹⁰³.

È stato sottolineato, al riguardo, che “all'applicazione analogica di norme

⁹⁷ GIULIANO VASSALLI, *Limiti del divieto d'analogia in materia penale*, Milano, Giuffrè, 1942, p. 131. Conforme VINCENZO CAVALLO, *L'esercizio del diritto nella teoria generale del reato, cit.*, pp. 155 ss.

⁹⁸ Cass., V, 21 febbraio 2002. V. anche Cass., V, 21 novembre 1998, n. 12057, *cit.*, da GIUSEPPE VERZERA, *Le immunità giudiziali*, in *Dir. e Form.*, 2004, pp. 1192 ss.; Cass., V, 28 novembre 2005; Cass., V, 5 febbraio 2003; Cass., V, 25 settembre 2000, n. 10087, *cit.* da DAVID MANCINI, *Note minime sui limiti al bene dell'onore tra diritto di critica e denuncia. Vicende concrete, ipotesi e prospettive di riforma*, in *Indice pen.*, 2005, p. 709.

⁹⁹ Con un *revirement* rispetto al proprio precedente orientamento (Cass., 20 dicembre 1933, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1934, II, p. 450; Cass., II, 13 ottobre 1953, in *Riv. pen.*, 1954, p. 184; Cass., SU, 2 luglio 1977, in *Giust. pen.*, 1978, II, p. 327) la Suprema Corte ha di recente esteso la portata dell'art. 598 anche all'atto di citazione: Cass., V, 3 dicembre 2001, in *Guida dir.*, n. 24, 2002, p. 70, con nota adesiva di GIUSEPPE AMATO, *Una scelta che evita una disparità di trattamento tra le azioni destinate all'esercizio della difesa, ivi*. V. PIERLUIGI CIPOLLA, *Interpretazione evolutiva della causa di non punibilità di cui all'art. 598 c.p.*, in *Cass. pen.*, 2004, pp. 1610 ss.

¹⁰⁰ Cass., V, 20 aprile 2005. Conforme Cass., II, 28 luglio 1965, n. 1141.

¹⁰¹ DINO FERRATO, *Sui rapporti fra artt. 51 e 598 cod. pen.*, in *Riv. pen.*, 1987, pp. 609 ss.

¹⁰² Cass., II, 6 giugno 1966, n. 995.

¹⁰³ FRANCESCO ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 1957, p. 215.

giuridiche che attribuiscono diritti soggettivi non contraddice il divieto posto dall'art. 1 c.p., il quale è limitato alle norme penali. [...] Anche il diritto straniero può essere fonte riconosciuta di diritti soggettivi. È stato deciso che può esserlo altresì il diritto canonico¹⁰⁴, dato che "l'art. 51 c.p. non limita la scriminante alla sola legge italiana, o agli ordini impartiti dalle autorità del nostro Stato; non c'è dunque motivo per ritenere che, a differenza delle altre, l'efficacia di questa causa di giustificazione abbia un limite, per così dire, territoriale"¹⁰⁵; peraltro, secondo alcuni autori, nel caso dell'art. 51 c.p. non si tratterebbe di analogia, dato che la scriminante dell'esercizio del diritto "non contiene termini suscettibili di analogia"¹⁰⁶: un diritto o c'è o non c'è, e si tratta, dunque, "d'una norma che è la più ampia possibile"¹⁰⁷.

Rilevanza in tal senso, d'altro canto, è stata riconosciuta anche alla consuetudine¹⁰⁸, argomentando che l'art. 51 c.p. faccia rinvio al diritto senza specificare quale ne debba essere la fonte, sembrando implicito che la consuetudine possa sì giustificare casi singoli, ma non abrogare precetti penali¹⁰⁹; "se [inoltre] fosse facile unificare sotto un solo principio tutte le circostanze di liceità che trovano o non trovano un espresso regolamento nella legge scritta, esso si troverebbe già sancito dal codice penale; sorge, quindi, il compito per l'interprete di analizzare le diverse cause di giustificazione per vedere se presentano una natura identica, onde astrarre il principio generale da applicarsi ai casi che non ricadono, nemmeno analogicamente, sotto un'espressa norma legislativa"¹¹⁰: sulla base di queste premesse, perciò, si giunge ad interpretare *lato sensu* l'espressione codiciale «procedimenti dinanzi all'Autorità giudiziale».

¹⁰⁴ ARTURO SANTORO, voce *Esercizio d'un diritto, adempimento d'un dovere. Diritto penale comune*, cit., p. 827. V. MARIO ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, Giuffrè, 1987, p. 463; DOMENICO PULITANO, voce *Esercizio d'un diritto e adempimento d'un dovere*, in *Dig. pen. Cfr. Cass.*, I febbraio 1946, in *Giur. Cass. Pen.*, 1947, II, 79; App. Firenze, 25 ottobre 1958, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1959, pp. 194 ss., con note di CARLO ESPOSITO, *Libertà di esercizio del potere spirituale*, in *Giur. cost.*, 1959, pp. 1172 ss., e di PAOLO BISCARETTI DI RUFFIA, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1959, pp. 195 ss.

¹⁰⁵ GIACOMO DELITALA, voce *Adempimento d'un dovere*, in *Enc. dir.*, p. 568.

¹⁰⁶ PIETRO NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, Padova, CEDAM, 1972, p. 69, cit. da ELIO MORSELLI, *Analogia e fattispecie penale*, in *Indice pen.*, 1990, p. 516.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 168.

¹⁰⁸ V. GIORGIO MARINUCCI, voce *Consuetudine*, in *Enc. dir.*, p. 510; Cass., 9 maggio 1934, in *Giur. pen.*, 1934, II, p. 969. V. anche ARTURO SANTORO, *L'esecuzione di ordini privati causa di giustificazione*, in AA.Vv., *Studi in memoria di F. Grispigni*, Milano, Giuffrè, 1956, pp. 525 ss.

¹⁰⁹ V. ANTONIO PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 448. Cfr. FRANCESCO CARNELUTTI, *Lezioni di diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1943, pp. 110 ss.

¹¹⁰ GIUSEPPE BETTIOL, *L'efficacia delle consuetudine*, Milano, Vita e Pensiero, 1931, pp. 46 ss.

ria» dell'art. 598 c.p.¹¹¹, dato che “anche per le norme che prevedono cause di esclusione del reato, come per quelle che prevedono cause di esclusione della imputabilità, non sussiste, almeno in linea di principio, il divieto di applicazione analogica. Emerge anzi l'esistenza, fra le norme relative alla responsabilità penale ed ai casi in cui questa viene ad essere esclusa, di veri e propri principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato, taluno chiaramente espresso, taluno facilmente ricavabile dalla legge: principi generali a cui è dato, anzi è doveroso fare ricorso, a norma dell'art. 12 delle preleggi”¹¹².

È necessario, perciò, verificare se nella fattispecie in esame si debba riconoscere l'abuso del diritto e la conseguente esclusione della scriminante in discorso, come inizialmente ritenuto nel caso, prodottosi non molto tempo addietro, del religioso carmelitano dapprima accusato per i reati di favoreggiamento e favoreggiamento aggravato, ma poi assolto in Appello ed in Cassazione proprio *ex art. 51 c.p.*, dato che “con riguardo [ai limiti] interni, che valgono a delimitare l'ambito di operatività della norma, da cui discende il diritto [...occorre] fare riferimento all'ordinamento giuridico canonico. [...] Quanto ai limiti c.d. esterni, questi derivano dal complesso delle norme di cui fa parte quella da cui discende il diritto, evidentemente nel rispetto del principio della gerarchia delle fonti, in virtù del quale norme di rango inferiore non possono comportare limiti all'esercizio d'un diritto riconosciuto da una norma sovraordinata. Ne consegue che i diritti costituzionalmente garantiti prevalgono sulle norme dettate da leggi ordinarie”¹¹³, ed i rapporti interpersonali nell'ambito della comunità ecclesiale debbono rimanere fuori dal sindacato volto ad accertare il superamento dei limiti strettamente giuridici propri dell'ordinamento canonico, al fine di riconoscere l'esimente di cui all'art. 51 c.p., radicata in un diritto di rango costituzionale¹¹⁴: l'attività di

¹¹¹ GIULIANO VASSALLI, *Limiti del divieto d'analogia in materia penale, cit.*, p. 130.

¹¹² *Ibidem*, p. 111, dove, per la piena ammissibilità del ricorso ai principi generali del diritto in materia di cause di esclusione del reato, si rinvia ad ARTURO ROCCO, *L'oggetto del reato e delle tutela giuridica penale, cit.*; GIUSEPPE BETTIOL, *L'efficacia della consuetudine, cit.*; MAURO ANGIONI, *Le cause che escludono l'illiceità obiettiva penale*, Milano, Ist. Editoriale scientifico, 1930; ALFONSO DA MOTA VEIGA, *A Lei Alemã de 28 de Junho de 1935 e a Analogia em Direito Penal*, in *Boletim dos Institutos de Criminologia*, Lisboa, 1939, pp. 151 ss.; GIUSEPPE MAGGIORE, *Principi di diritto penale*, I, Bologna, Zanichelli, 1937, p. 130.

¹¹³ App. Palermo, 5 novembre 1999, in *Dir. eccl.*, 2000, pp. 383 ss. V. SALVATORE BORDONALI, *Somministrazione di sacramenti ed eventuale responsabilità penale del sacerdote, ivi*, 1999, pp. 865 ss.; COSTANTINO VISCONTI, *Il prete ed il boss latitante*, in *Foro it.*, 1998, pp. 280 ss. Cfr. ANGELO LICASTRO, *Indagini giudiziarie e ministero pastorale*, in *Dir. eccl.*, 1989, pp. 517 ss.

¹¹⁴ Cass., V, 3 maggio 2001, in *Dir. eccl.*, 2001, pp. 242 ss., con nota di SALVATORE BORDONALI, *Memoria difensiva (profili ecclesiasticistici) nella causa penale per favoreggiamento personale aggravato contro un sacerdote, ivi*. Per l'impostazione teorica generale, v. MARIA D'ARIENZO, *Confessioni religiose*

difesa svolta in una causa matrimoniale di nullità, infatti, è – *ex parte Ecclesiae* – non già illecita, bensì un preciso diritto, riconosciuto anche *ex art. 24 Cost.*¹¹⁵: non un generico diritto, peraltro, può scriminare un fatto penalmente rilevante, ma solo quello che l'ordinamento stesso consenta di esercitare, anche in forma implicita¹¹⁶, in forme che di regola costituirebbero reato¹¹⁷: “Potrebbe apparire, infatti, contraddittorio porre a principio cardine del processo il fine dell'accertamento della verità e della difesa, e, al contempo, reprimere penalmente quelle dichiarazioni che proprio per quel fine, dando un'incondizionata libertà di espressione, siano state assunte dall'imputato, riconoscendo in tal modo la prevalenza ad interessi e beni giuridici esterni al processo e, quindi, introducendo limiti e ambiti di liceità della difesa, variabili di volta in volta. [...] L'ordinamento [invece], proprio nel consentire un esercizio così ampio della difesa, quale risulta dal sistema, ha evidentemente ritenuto, in via di principio, del tutto preminente questo bene giuridico su qualsiasi altro interesse, penalmente tutelato, che possa vulnerare, preminenza che si concretizza nella giustificazione del reato commesso (art. 51 c.p.)”¹¹⁸.

Bisogna ricollegarsi, evidentemente, alle cause oggettive di esclusione del reato, riferite a situazioni particolari in cui un fatto, di norma vietato, venga imposto o consentito dalla legge, e perciò non costituisca reato; fra di esse va annoverato l'art. 51 c.p., che, riguardando l'adempimento d'un dovere imposto da una norma giuridica, non si riferisce al solo ordinamento giuridico italiano, ricomprendendo anche doveri giuridici posti in altri ordinamenti, se questi trovano riconoscimento anche nella legge italiana¹¹⁹: la

e comunità, in MARIO TEDESCHI, *Comunità e soggettività*, Cosenza, Pellegrini, 2006, pp. 279 ss.; STEFANO TESTA BAPPENHEIM, *La vita fraterna. Fenotipi storico-canonistici dei consacrati a Dio*, Lecce, Pensa, 2006.

¹¹⁵ Cfr. Cass., VI, 2 aprile 2001, n. 233, in *Cass. pen.*, 2001, pp. 3028 ss., con nota di MARCO CERASE, *Sulla calunnia commessa nell'esercizio del diritto di difesa*, *ivi*. V. anche LUIGI BIANCHI D'ESPINOSA, *Il difensore come soggetto autonomo di rapporti processuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, pp. 285 ss.

¹¹⁶ Cass., VI, 13 aprile 1976, in *Giust. pen.*, 1977, II, pp. 9 ss.

¹¹⁷ Cass., III, 22 gennaio 1980, in *Riv. pen.*, 1980, pp. 739 ss.

¹¹⁸ CECILIA CARRERI, *Criteri d'indagine sugli effetti scriminanti della difesa*, in *Cass. pen.*, 1990, p. 53.

¹¹⁹ V. Cass., I, I febbraio 1946, in *Giur. it.*, 1948, II, 43 ss., con dottrina conforme: v. GIUSEPPE ZUCCALÀ, *Dolo ed esercizio del diritto nel delitto di diffamazione*, *ivi*; SCIPIONE PIACENZA, *Il problema del dolo nei reati contro l'onore*, in *Giust. pen.*, 1947, II, 74 ss. Cfr. anche PIER GIOVANNI CARON, *La giurisdizione vescovile di fronte allo Stato italiano*, in *Dir. eccl.*, 1958, pp. 266 ss.; CARLO SALTIELLI – ENRICO ROMANO DI FALCO, *Commento teorico-pratico del nuovo codice penale*, I, 1a, Roma, Tipografia delle Mantellate, 1930, pp. 305 ss.

V. TOMMASO MANCINI, *Testimonianza resa dinanzi l'autorità ecclesiastica e reato di diffamazione*, in *Giur. merito*, 1971, II, pp. 106 ss.; ALDO REGINA, voce *Esercizio d'un diritto e adempimento d'un dovere*, in *Enc. giur.*, p. 4; MARIO ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 462; GIACOMO DELITALA, voce *Adempimento d'un dovere*, cit.; ALDO DELFINI, *Punibilità delle dichiarazioni rese al giudice in un altro ordinamento*, in *Critica pen.*, 1976, pp. 235 ss.

stessa Cassazione ha riconosciuto l'applicabilità di quest'esimente nel caso d'una testimonianza resa di fronte ad Autorità giudiziaria straniera, purché la dichiarazione resa sia vera¹²⁰.

A questo riguardo, dunque, va valutata la corrispondenza dell'obbligo per la parti di dire la verità se legittimamente interrogate, previsto tanto dal diritto canonico (cann. 1531 e 1532)¹²¹, quanto da quello statale italiano (art. 372 c.p.), giacché si può giungere ad "un'assunzione diretta ai propri effetti – a fianco delle corrispondenti fattispecie di diritto nazionale – delle situazioni giuridiche canoniche concrete, nelle quali si sostanzia l'attività sociale posta in ossequio ai sacri canoni"¹²²; se, dunque, "le norme ed i principî della Costituzione sono il parametro di legittimità delle leggi penali ordinarie"¹²³, è anche vero che "proprio in forza dell'art. 51 l'ordinamento penale riesce a mantenersi per la massima parte conforme *ab intrinseco*, nel concreto momento applicativo, a quei parametri di legittimità che lo sovrastano. [...] Infatti, nel momento in cui le libertà costituzionali attribuiscono a chi le esercita la titolarità d'un corrispondente diritto soggettivo, l'esercizio di tale diritto costituzionalmente garantito – nelle ipotesi di conflitto [...] con una fattispecie penale incriminatrice – scriminerà in sede penale la condotta materiale tenuta dal soggetto nella misura in cui la disposizione *ex art. 51 c.p.* consentirà un simile risultato"¹²⁴.

Quand'anche, tuttavia, non si riconoscesse l'equiparabilità di queste norme, sarebbe comunque invocabile l'attenuante comune *ex art. 62, n. 1, c.p.*¹²⁵,

¹²⁰ Cass., VI, 20 ottobre 1972, in *Mass. Cass. pen.*, 1973, m. 122942. V., però, anche Cass., 9 febbraio 1998, n. 1326, in *Giur. it.*, 1999, pp. 2283 ss., ove si ammette la liceità della produzione in un giudizio civile d'una sentenza penale di condanna inflitta, con il beneficio della non menzione, nei confronti del soggetto chiamato a rendere testimonianza.

¹²¹ Cfr. ERMANNANO GRAZIANI, *Giurisprudenza della S.R. Rota in tema di valutazione di prove*, in *Dir. eccl.*, 1940, pp. 401 ss.

¹²² PIERO BELLINI, *Poteri disciplinari della gerarchia ecclesiastica e diritto penale dello Stato*, cit., pp. 237-238.

¹²³ PIETRO NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Padova, CEDAM, 1982, p. 51.

¹²⁴ ALESSIO LANZI, *La scriminante dell'art. 51 c.p. e le libertà costituzionali*, cit., p. 12.

¹²⁵ Cfr. GIORGIO MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, pp. 1190 ss. V. Cass., 5 dicembre 1951, in *Giust. pen.*, 1952, pp. 393 ss.; V. GIULIO PAOLI, *Le singole attenuanti comuni dell'art. 62 c.p.*, in *Riv. pen.*, 1939, pp. 1015 ss.; LUIGI GULLO, *L'art. 62 del c.p.*, Napoli, La toga, 1941; MARIO DUNI, *Circa i motivi di particolare valore morale e sociale*, in *Giur. Cass. pen.*, 1945, pp. 7 ss.; ALBERTO CRESPI, *In tema di concorso di circostanze attenuanti previste dai nn. 1 e 2 dell'art. 62 c.p.*, in *Riv. it. Dir. Pen.*, 1948, pp. 83 ss.; PIERO GUADAGNO, *Sul fondamento dell'attenuante dei motivi di particolare valore morale e sociale*, in *Foro pen.*, 1955, pp. 9 ss.; FRANCESCO LEONE, *Sui motivi di particolare valore morale e sociale*, in *Temì*, 1972, pp. 323 ss.; IVO CARACCIOLI, *Motivi di particolare valore morale e sociale erroneamente supposti*, in *Riv. it. Dir. Pen.*, 1960, pp. 1202 ss.

giacché, se non ha rilievo la semplice convinzione personale di perseguire fini che si reputano moralmente apprezzabili¹²⁶, la Cassazione¹²⁷ “ha affermato espressamente che il fine religioso come movente dell’azione incriminata rientra fra quei motivi di particolare valore morale e sociale che il legislatore volle considerare quale attenuante comune nell’art. 62 n. 1 c.p.”¹²⁸.

Questa disposizione potrebbe venir invocata eventualmente anche sotto forma di scriminante putativa: il fatto che, infatti, “l’attenuante dell’«avere agito per motivi di particolare valore morale o sociale» sia di natura squisitamente psicologica risulta dal fatto che l’art. 62 n. 1 parla di «motivi» [...e siccome il disposto dell’art. 59, comma 2] parla di errore sull’esistenza della «circostanza» [...] l’art. 59 cpv. non può applicarsi quando oggetto dell’errore sia la situazione di fatto che ha prodotto i motivi, questa essendo un *quid* che sta al di fuori del contenuto della circostanza”¹²⁹.

Nel caso *de quo*, dunque, “la natura religiosa del motivo che ha determinato il comportamento delittuoso può essere invocata come circostanza attenuante comune, a norma del n. 1 dell’art. 62 cod. pen., per il quale attenua il reato il fatto di aver agito per motivi di particolare valore morale e sociale»¹³⁰.

Una volta acclarato che l’art. 598 c.p. debba oggi esser visto come una delle norme di attuazione dell’art. 24 Cost.¹³¹ (per il noto fenomeno di costituzionalizzazione delle norme positive anteriori alla Carta Costituzionale), questo deve proteggere il contraddittorio ed il diritto di difesa anche di fronte ad un Tribunale ecclesiastico, dato che i giudici italiani dovranno poi accertare che le parti abbiano potuto beneficiare dei “diritti costituzionalmente garantiti ai cittadini italiani (n. 2 lett. c del Protocollo addizionale all’Accordo 18 febbraio 1984: legge n. 121 del 1985)”¹³², massime d’un equo processo anche in sede canonica¹³³ (cfr. Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, 20 luglio 2001, ricorso

¹²⁶ Giurisprudenza copiosa e costante: *ad ex.*, v. Cass. 13 febbraio 1990, in *Riv. pen.*, 1991, pag. 195.

¹²⁷ Cass., I, 30 gennaio 1950, n. 110, in *Dir. eccl.*, 1951, pp. 434 ss.

¹²⁸ ALFREDO JANNITTI PIROMALLO, *Il sentimento religioso e l’attenuante comune dell’art. 62, n. 1, c.p.*, *ivi*.

¹²⁹ IVO CARACCIOLI, *Motivi di particolare valore morale o sociale erroneamente supposti*, *cit.*, p. 1203.

¹³⁰ PIERO BELLINI, *Poteri disciplinari della gerarchia ecclesiastica e diritto penale dello Stato*, *cit.*, p. 260.

¹³¹ Cfr. Cass., V, 3 dicembre 2001, n. 7000, in *Cass. pen.*, 2003, p. 903, ed in *Guida dir.*, 2002, n. 24, p. 70.

¹³² V. FRANCESCO FINOCCHIARO, *Un aspetto pratico della ‘laicità’ dello Stato*, in *Giust. civ.*, 1994, pp. 2130 ss.

¹³³ Cfr. C. Cost., nn. 16 e 18 del 22 gennaio 1982; PASQUALE COLELLA, *Il ‘ridimensionamento’ della giurisdizione ecclesiastica in materia matrimoniale a seguito delle sentenze nn. 16 e 18/1982 della Corte costituzionale*, *cit.*, pp. 1 ss.; FRANCESCO FINOCCHIARO, *Giurisdizione dello Stato e giurisdizione ecclesiastica nell’esperienza giuridica*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, pp. 969 ss.

n. 30882/96, Pellegrini contro Italia)¹³⁴: già in epoca preconcordataria, infatti, si osservava che “a termini degli art. 16 e 17 della legge delle guarentigie in massima tali atti [giurisdizionali] sortono senz’altro il loro effetto, ove non siano contrari alle leggi dello Stato o all’ordine pubblico nazionale [...] Questi principî sono comuni alle sentenze di tribunali ecclesiastici come ad ogni altro atto”¹³⁵, e “alla stregua di tali criteri, la previsione normale è l’efficacia delle c.d. sentenze ecclesiastiche; perché l’efficacia venga meno, occorre si riscontrino una delle ipotesi, ampie ma tassative, dell’ultimo comma dell’art. 17”¹³⁶, sicché “con riferimento a tale varietà di situazioni, si è ritenuto che – facendosi riferimento all’estensione delle norme interessate – si dovrebbe sempre ritenere *de plano* applicabile la sola norma costituzionale in tutte quelle situazioni comunque comprese nella portata applicativa di quest’ultima; col che la norma ordinaria sarebbe applicabile nei soli casi non contemplati da quella costituzionale”¹³⁷.

Intervenuto il Concordato del '29, la dottrina ritiene che “la delimitazione dell’ordine proprio della Chiesa va effettuata non già con riferimento a principî canonistici, bensì con esclusivo riferimento al nostro ordinamento giuridico”¹³⁸, ed “in tale esame assumeranno naturalmente un’importanza fondamentale i principî e le disposizioni costituzionali, non potendo considerarsi «non appartenente all’ordine (o per lo meno anche all’ordine) dello Stato» alcuna materia ritenuta tanto basilare per la vita della Repubblica da dover essere disciplinata nella stessa Costituzione”¹³⁹, come, appunto, il diritto di difesa.

La sua piena esplicazione, del resto, è essenziale anche nel processo matrimoniale canonico¹⁴⁰, come affermato dal CIC-1983¹⁴¹ e ribadito da Giovanni

¹³⁴ V. LUIGI PERSICO, *L'esimente ex art. 598 c.p. si applica anche agli scritti ed ai discorsi diretti ai Tribunali ecclesiastici?*, in *Dir. fam. pers.*, 2006, pp. 863 ss.

¹³⁵ ARTURO CARLO JEMOLO, *I tribunali ecclesiastici e le loro sentenze nel diritto italiano*, in *Arch. giur.*, 1929, p. 153.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 176.

¹³⁷ FERNANDO MANTOVANI, voce *Esercizio del diritto (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, p. 633.

¹³⁸ GAETANO CATALANO, *Sovranità dello Stato e autonomia della Chiesa. Contributo all’interpretazione sistematica dell’art. 7 della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1968, p. 17.

¹³⁹ SERGIO LARICCIA, voce *Giurisdizione ecclesiastica, cit.*, p. 486. Il passo citato è di CARLO ESPOSITO, *Costituzione, legge di revisione della Costituzione e “altre” leggi costituzionali*, in AA.VV., *Raccolta di scritti in onore di A.C. Jemolo*, III, Milano, Giuffrè, 1963, p. 213.

¹⁴⁰ V. SANDRO GHERRO, *Il diritto alla difesa nei processi matrimoniali canonici*, in AA.VV., *Il diritto alla difesa nell’ordinamento canonico*, Città del Vaticano, LEV, 1988, pp. 1 ss.; ID., *Ancora sul diritto alla difesa nel processo matrimoniale canonico*, in ID. (a cura di), *Studi sul processo matrimoniale canonico*, Padova, CEDAM, 1991, pp. 73 ss.

¹⁴¹ Sul processo evolutivo dipanatosi, durante i lavori per la revisione del *Codex*, sullo “*ius partium*

Paolo II (nelle allocuzioni del 26 gennaio 1989¹⁴², del 18 gennaio 1990¹⁴³ e del 10 febbraio 1995¹⁴⁴) e Benedetto XVI (nell'allocuzione del 28 gennaio 2006)¹⁴⁵ al Tribunale della Rota Romana; i principî del giusto processo, come affermati nel canone 221¹⁴⁶, includono il diritto di difesa fra le posizioni giuridiche fondamentali ed inviolabili dei fedeli.

inspiciendi acta intime conectitur cum iure defensionis”, v. *Communicationes*, XVI (1984), pp. 68 ss., cit. da ILARIA ZUANAZZI, *Lo ius ad probationes come espressione del diritto di difesa nel processo matrimoniale canonico*, in *Ius Eccl.*, XI (1999), p. 88.

¹⁴² «Il nuovo Codice di Diritto Canonico attribuisce grande importanza al diritto di difesa. Riguardo infatti agli obblighi e diritto di tutti i fedeli, recita il canone 221, § 1: “*Christifidelibus competit ut iura quibus in Ecclesia gaudent, legitime vindicent atque defendant in foro competenti ecclesiastico ad normam iuris*”, ed il § 2 prosegue: “*Christifidelibus ius quoque est ut, si ad iudicium ab auctoritate competenti vocentur, iudicentur servatis iuris praescriptis, cum aequitate applicandis*”. Il canone 1620 del medesimo Codice sancisce esplicitamente la nullità insanabile della sentenza, se all’una o all’altra parte si nega il diritto alla difesa, mentre si può ricavare dal canone 1598, § 1, il seguente principio, che deve guidare tutta l’attività giudiziaria della Chiesa: “*Ius defensionis semper integrum maneat*”.

È doveroso subito annotare che la mancanza di una tale esplicita normativa nel Codice Pio-Benedettino certamente non significa che il diritto alla difesa sia stato disatteso nella Chiesa sotto il regime del Codice precedente. Questo dava infatti le opportune e necessarie disposizioni per garantire tale diritto nel giudizio canonico. Ed anche se il canone 1892 del suddetto Codice non menzionava lo “*ius defensionis denegatum*” tra i casi di nullità insanabile della sentenza, si deve constatare che ciononostante sia la dottrina sia la giurisprudenza rotale propugnavano la nullità insanabile della sentenza, qualora si fosse negato all’una o all’altra parte il diritto alla difesa. [...] Non si può concepire un giudizio equo senza contraddittorio, cioè senza la concreta possibilità concessa a ciascuna parte nella causa d’essere ascoltata e di poter conoscere e contraddire le richieste, le prove e le deduzioni addotte dalla parte avversa o *ex officio*», in http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/speeches/1989/documents/hf_jp-ii_spe_19890126_roman-rot_a_it.html, nn. 2 e 3.

Cfr. F. DANEELS, *De iure defensionis. Brevis commentarius ad allocutionem Summi Pontificis diei 26 Ianuarii 1989 ad Rotam Romanam*, in *Periodica*, LXXIX (1990), pp. 243 ss.

¹⁴³ «L’istituzionalizzazione di quello strumento di giustizia che è il processo rappresenta una progressiva conquista di civiltà e di rispetto della dignità dell’uomo, cui ha contribuito in modo non irrilevante la stessa Chiesa con il processo canonico. Ciò facendo, la Chiesa non ha rinnegato la sua missione di carità e di pace, ma ha soltanto disposto un mezzo adeguato per quell’accertamento della verità che è condizione indispensabile della giustizia animata dalla carità, e perciò anche della vera pace. [...] Il giusto processo è oggetto di un diritto dei fedeli e costituisce al contempo un’esigenza del bene pubblico della Chiesa. Le norme canoniche processuali, pertanto, vanno osservate da tutti i protagonisti del processo come altrettante manifestazioni di quella giustizia strumentale che conduce alla giustizia sostanziale», in http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/speeches/1990/january/documents/hf_jp-ii_spe_19900118_rot_a-romana_it.html, n. 7.

¹⁴⁴ «La normativa in fatto di difesa. Di questa si garantisce in primo luogo l’effettiva presenza sia con la scelta privata che con l’assegnazione d’ufficio di competenti patroni; se ne tutela poi il libero esercizio giungendo fino a prevedere la possibile nullità di decisioni giudiziarie nelle quali tale libertà risultasse lesa. Tutto ciò sta a dimostrare la concreta considerazione della dignità dell’uomo, da cui è ispirata la disciplina canonica», in http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/speeches/1995/february/documents/hf_jp-ii_spe_19950210_roman-rot_a_it.html, n. 6.

¹⁴⁵ In http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/speeches/2006/january/documents/hf_ben-xvi_spe_20060128_roman-rot_a_it.html.

¹⁴⁶ Cfr. JOAQUÍN LLOBELL TUSET, *L’efficace tutela dei diritti (can. 221): presupposto della giuridicità dell’ordinamento canonico*, in *Fidelium iura*, VIII (1998), pp. 227 ss.

Bisogna tenere conto, infine, del “travaglio dei tribunali italiani per applicare l’Accordo del 1984 con la Santa Sede [...] nel modo più garantista possibile della tutela [...] delle esigenze (sostanziali e non meramente formalistiche) del diritto di difesa”¹⁴⁷, nonché della sentenza n. 30882/96 (Pellegrini contro Italia) della Corte europea dei diritti dell’uomo¹⁴⁸, relativa alla violazione del diritto di difesa *ex art. 6 Conv. eur. dir. uomo.*, che ha condannato l’Italia ritenendo che consentisse alla Sacra Rota di violare la difesa¹⁴⁹; sicché potrebbe apparire paradossale che l’Italia volesse ledere, limitandone la portata, il diritto di difesa riconosciuto dall’ordinamento canonico, tanto più che, *in primis*, il rispetto dei «principi fondamentali dell’ordinamento italiano» relativi ai diritti di difesa è elemento da verificare *ex art. 8 n. 2 Conc.*¹⁵⁰, e, *in secundis*, l’art. 1 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo “sancisce l’obbligo degli Stati contraenti di rispettare entro la loro ‘giurisdizione’ i diritti garantiti dalla stessa”¹⁵¹.

Il magistrato italiano, dunque, potrà e dovrà certamente accertare un eventuale abuso del diritto (di difesa) od un adempimento del dovere (di dire la verità) che eccedessero dai limiti della scriminante *ex art. 51 c.p.* con esclusivo riferimento ai principi dell’ordinamento italiano¹⁵², ma – essendo stata questa scriminante già riconosciuta anche nel caso dei reati di favoreggiamento aggravato e continuato ad un latitante ricercato per gravissimi reati¹⁵³ – pare assodato che l’applicazione sua e dell’art. 598 c.p. (che secondo la Cassazione ne costituisce un’estensione) possa indubbiamente ben ricomprendere, entro i limiti ora ricordati, anche i processi dinanzi ai Tribunali ecclesiastici.

¹⁴⁷ ID., *Il diritto all’equo processo*, in *Giust. civ.*, 2002, p. 350.

¹⁴⁸ V. NICOLA BARTONE, *Una sanzione che colpisce l’intera procedura canonica e concordataria*, in *Dir. giust.*, 2001, n. 32, pp. 25 ss.

¹⁴⁹ Cfr. FABIO BUONOMO, *Condannata l’Italia che consente alla Sacra Rota di violare la difesa*, *ivi*, pp. 16 ss.

¹⁵⁰ V. MARIO TEDESCHI, *Ancora su giurisdizione canonica e civile. Problemi e prospettive*, *cit.*, pp. 213 ss.

¹⁵¹ CARLO FOCARELLI, *Equo processo e riconoscimento di sentenze straniere: il caso ‘Pellegrini’*, in *Riv. dir. internaz.*, 2001, p. 962. Cfr. GIORGIO GAJA, *Art. 1*, in AA.VV., *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, CEDAM, 2001, pp. 23 ss.; MARIO FINOCCHIARO, *Il nostro Paese non può recepire una sentenza raggiunta senza assicurare i diritti delle parti*, in *Guida dir.*, 2001, n. 35, pp. 98 ss.

¹⁵² Cfr. GAETANO CATALANO, *Sovranità dello Stato e autonomia della Chiesa nella Costituzione repubblicana*, *cit.*, pp. 16 ss.

¹⁵³ App. Palermo, 5 novembre 1999, *cit.*; Cass., V, 3 maggio 2001, *cit.*

Fondazioni bancarie, libertà sociali e finalità di interesse religioso

FABIO VECCHI

1. Introduzione. Le Fondazioni di origine bancaria, soggetti intermedi del «terzo settore» con scopi statutari prossimi a quelli perseguiti dagli enti di natura confessionale

Il settore degli enti con finalità solidaristiche – confraternite, Ipab, enti *non profit* – si conferma una inesauribile fonte di indagine. Sebbene «esterne» all'alveo degli enti ecclesiastici, le Fondazioni bancarie registrano punti di contatto tra attività solidaristica e dimensione economica sul piano delle libertà, non ultime, quelle di indole confessionale¹. La questione è stata oggetto di una ancor recente giurisprudenza della Consulta che ha statuito sul riconoscimento della personalità giuridica di diritto privato e, soprattutto, sul rapporto di tali enti con i poteri pubblici locali.

Due sentenze della Corte costituzionale – la nn. 300 e 301, del 24 settembre 2003 – si concentrano, infatti, sul rapporto pubblico-privato e sul margine di ampiezza delle libertà di agire garantite alle «società intermedie» nel quadro del decentramento e della sussidiarietà. Detta giurisprudenza² ha, così, esteso l'orizzonte d'indagine alle libertà sociali, sollecitata dall'esigenza di far luce sulla

¹ Anzi, pur con i dovuti distinguo, le Fondazioni bancarie manifestano notevoli similitudini con le vicende delle Ipab relativamente all'inquadramento soggettivo nella sfera pubblica o privata. Sul punto, FRANCESCO FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, Zanichelli, Bologna, VI, 1997, p. 296 e p. 297, nn. 7-11.

² La sent. Corte cost. 24 settembre 2003, n.300 afferma, a seguito del giudizio di legittimità dell'art. 11, l.448/01, la natura giuridica privata e riconosce la piena autonomia statutaria alle Fb. Il netto taglio dei legami tra Fb e banche ha sostenuto tale passaggio: sono solo 15, ancora nel 2002, le Fb che superano la soglia del 50% del controllo da parte della banca «partecipata». La sent. 24 settembre 2003, n. 301 dichiara illegittimo il suddetto art. 11 laddove impone la prevalenza di rappresentanti degli enti ex art. 114 Cost. negli Organi di indirizzo della Fb; idem per le norme che attribuiscono all'autorità di vigilanza il potere di mutare i cd. «settori ammessi».

natura giuridica di tali enti e sulle possibili interferenze autoritative nei loro «*interna corporis*» imponendo il punto di arresto agli appetiti politici regionali. Più in dettaglio si è inteso far chiarezza circa le libertà degli scopi statutari (*normae agendi*), circa i componenti gli organi rappresentativi anche di interessi religiosi e, infine, circa l'incidenza delle attività delle Fb sul territorio locale.

Lo sbarramento istituzionale individuato dalla menzionata giurisprudenza che ha precisato, una volta per tutte, la qualificazione privatistica delle Fb, ha poi una valenza ulteriore giacché la riduzione degli ambiti di libertà (che sarebbe conseguita ad una soluzione “pubblicistica”) di tali enti – soggetti con personalità giuridica che svolgono attività (talvolta anche) di interesse religioso, pur non possedendo la natura di enti ecclesiastici – avrebbe inciso inevitabilmente sulle modalità di esercizio e svolgimento della personalità dei singoli aderenti, così come espresso sia dall'art. 2 che dell'art. 18 Cost., posto a tutela dei diritti associativi dell'individuo nelle formazioni sociali.

Va infatti rilevato che le Fb concorrono notevolmente all'arricchimento del quadro di quei «soggetti intermedi» sia per i molteplici scopi perseguiti – tra i quali si individuano quelli di interesse religioso (tutela della famiglia, beneficenza, solidarietà, assistenza, riscoperta dei valori e della formazione religiosa, conservazione e valorizzazione dei beni storico-artistici di appartenenza ecclesiastica) – sia per la rappresentazione di tali interessi attraverso la varia estrazione dei membri (talvolta esponenti ecclesiastici) componenti gli Organi di indirizzo. L'eventuale opzione «pubblicistica» adombrata nel *dictum* del Giudice costituzionale si sarebbe ripercossa su tali assetti offrendo alle regioni lo strumento per esercitare una compressione degli scopi statutari – non ultimi quelli di indole religiosa – e un condizionamento delle scelte dell'organo deliberativo, con i paventati rischi di tirannia liberticida³. Riflessioni, si osservi, che sollevano due questioni di rilievo: da un lato, la divaricazione compiuta tra soggetto-fondazione e soggetto-impresa creditizia, sì da escludere contaminazioni tra scopi economici ed altruistici⁴; dall'altro, la messa

³ Le pronunce del Giudice costituzionale sono una risposta definitiva alle critiche mosse a tali enti di diritto privato, critiche ancorate ad una visione puramente economica e lucrativa degli enti medesimi e tale da generare una vivace dialettica tra poteri pubblici e sfera privata. Attualissime, le parole di Jemolo, per il quale: «Legislatore e dottrina, quando guardano alle persone giuridiche (...) guardano eminentemente, se non esclusivamente, al fenomeno economico»; l'A. osservava, con disincanto, l'estensibilità di tale atteggiamento anche agli enti che non hanno finalità economiche. Così, ARTURO CARLO JEMOLO, *Ordinamento statale e società intermedie*, in *Tra diritto e storia (1960-1980)*, Giuffrè, Milano, 1982, p.113. Spunti problematici sono anche in ANGELA MARIA PUNZI-NICOLO', *Libertà e autonomia negli enti della Chiesa*, Giappichelli, Torino, 1999, spec. p.71 ss.

⁴ PIETRO RESCIGNO, voce *Fondazione (dir.civ.)*, in *Enc. Dir.*, XVII, Giuffrè, Milano, 1968, p.792, per il quale c'è una «dissociazione tra le “forme” giuridiche ed i contenuti economici che in quegli “stampi” sono versati dagli operatori economici».

in discussione di porzioni rilevanti delle libertà individuali, per lo meno da quando lo Stato pluralista garantisce le cd. «formazioni sociali intermedie» e ne incentiva le forme e ne promuove la varietà degli scopi statutari, fino a far coincidere gli interessi fondazionali con aspirazioni di ampiezza ben maggiore, quelle stesse che oggi il legislatore identifica con le «libertà sociali».

L'elencazione statutaria delle aree di intervento, così come indicate dal d.l. 17 maggio 1999, n.153, art.1 lett.c bis⁵ su cui è poi tornata, con alcune modifiche, la l.28 dicembre 2001, n.448, dà un preciso segnale delle peculiarità delle Fb. L'art.11 di detta legge, nell'ambito dei cd. «settori ammessi» enumera, tra l'altro: «la famiglia e i valori connessi; la crescita e la formazione giovanile; l'educazione, istruzione e formazione; il volontariato, la filantropia e la beneficenza; la religione e lo sviluppo spirituale...»⁶.

Tale tendenza aggregativa rilevabile negli statuti riappare tanto nelle disposizioni relative agli scopi, attività e settori di intervento, quanto nelle norme tese a disciplinare la composizione degli Organi di indirizzo⁷. Ci

⁵ D.lgs. 17 maggio 1999, n. 153, «Disciplina civilistica e fiscale degli enti conferenti di cui all'art. 11, co.1 del d.lgs. 20.11.1990, n. 356, e disciplina fiscale delle operazioni di ristrutturazione bancaria, a norma dell'art. 1 l.23.12.1998, n. 461.

⁶ Si veda il *Nono Rapporto sulle Fondazioni Bancarie-ACRI*, Suppl. al n. 4/2004 de "Il Risparmio", ACRI, Roma, 2004, p. 263, n. 10.

I «settori ammessi» sono lo strumento atto ad individuare l'ambito di operatività delle Fb, ossia gli scopi fondazionali negli specifici settori di intervento. La l.fin. n. 448/2001 ha modificato la nozione di «settore ammesso» che ha origine nel d.lgs. n. 153/1999, ed ha imposto alle Fb l'obbligo di individuare tra i «settori ammessi» un massimo di tre «settori rilevanti», (cui destinare le maggiori risorse finanziarie) ed altri «settori ammessi» subordinati. L'art. 39 d.l.n. 269, 30 settembre 2003 ha elevato il numero di «settori rilevanti» da tre a cinque.

⁷ Così, a titolo d'esempio, si veda la Fb. del Monte di Foggia, art. 13.1 che tra gli undici membri dell'O. di i. ne prevede «uno della Curia arcivescovile di Foggia-Bovino»; la F.Cassa Risparmio di Livorno, art. 16.1: «...uno designato dalla Diocesi di Livorno, d'intesa con la Comunità Ebraica di Livorno»; la F.CR della Spezia, art. 11.1, lett.f: «uno all'interno di una terna di nominativi proposta dal Vescovo della Diocesi della Spezia, Sarzana e Brugnato»; la F. CARIPOLO, art. 11.5: «...uno all'interno di una terna proposta dall'Arcivescovo della Diocesi di Milano»; la F. CR Biella, art. 13.2: «I consiglieri (15) sono designati e nominati...due dal Vescovo di Biella o superiore ecclesiastico»; F.CR Cesena, art. 21.4: «Sei componenti sono nominati dal Consiglio Generale scegliendoli nell'ambito di una rosa...su designazione...della Diocesi di Cesena-Sarsina»; la F.CR Cuneo, art.13.3: «Il Consiglio Generale è composto da 23 membri...uno della Commissione Diocesana di Arte Sacra e Cultura della Diocesi di Alba, Mondovì e Cuneo»; la F.CR Loreto, art. 15.3: «...Sono soci di diritto...la Delegazione Pontificia per il Santuario della Santa Casa di Loreto e le Istituzioni Riunite Opere Laiche Lauretane e Pia Casa Hermes...»; la F.CR Pesaro, art. 16.1: «Il Consiglio Generale è composto di trenta consiglieri designati...uno della Diocesi di Pesaro»; la F.CR Tortona, art. 15.1, prevede similmente che: «l'O.di i. è composto da sedici membri...designati uno dalla Diocesi di Tortona»; la F.CR di Bologna, art. 6, lett. i ed r: «Il Consiglio di indirizzo è composto da 26 membri, (di cui) uno della diocesi di Bologna (...) uno in qualità di Membro di diritto, nella persona del Padre Guardiano, *pro tempore*, del Convento dell'Osservanza di Bologna o suo delegato...»; identica designazione è prevista dalle norme dello Statuto della F. del Monte di Bologna e Ravenna. Sito internet: www.acri.it, link fondazioni.

basti il dettato statutario della fondazione Cassa di Risparmio di Volterra, al cui art.19, lett. d, recita: «l'Organo di indirizzo è composto da... diciotto membri (di cui) tre da enti e organizzazioni rappresentativi della società civile, religiosa ed economica del comprensorio di Volterra, nel seguente modo: uno della Curia Vescovile di Volterra (...), uno... delle tre associazioni di volontariato aventi una notevole rilevanza nel tessuto sociale dell'intero territorio volterrano: Arciconfraternita della Misericordia di Volterra, Avis dell'Alta Val di Cecina, Mondo Nuovo di Volterra»; analoghi rilievi si traggono dallo statuto della fondazione della Cassa di Risparmio di Ascoli Piceno che, quanto agli scopi e settori di intervento, individua all'art. 4.2: «...la famiglia e valori connessi...volontariato, filantropia e beneficenza; la religione e sviluppo spirituale...», e all'art. 19.1 prevede che la composizione dell'Organo di indirizzo sia integrata da un membro proveniente «...dalla Caritas Diocesana di Ascoli Piceno».

Le Fb, che in ogni caso non concorrono a delineare figure soggettive *sui generis* con carattere di atipicità in confronto agli altri soggetti giuridici noti e contemplati dal testo costituzionale, quali partiti, sindacati, famiglia, stanno comunque ad indicare la maturità dell'ordinamento pluralista: la possibilità che soggetti non confessionalmente identificabili concorrano all'esercizio delle libertà confessionali e promuovano una armonizzazione tra gli enti, i soggetti istituzionali e le attività di rilievo sociale e solidaristico. Il «terzo settore», gli enti «*non profit*» si pongono, così, sulla scia del persistente sbocciare delle formazioni sociali intermedie. Ciò che, invece, si vuol qui porre nel giusto rilievo è che questa inoltrata primavera degli enti è incorsa in alcuni momenti critici nel percorso di attuazione del decentramento statale perché è dallo Stato-decentrato, nel contesto dei poteri pubblici delle Regioni⁸ che

⁸ Si ricorda che la Corte cost. si è espressa con sent n.301/03, su ricorso di legittimità costituzionale ed impugnazione di varie disposizioni della l. 28.12.2001, n. 448 – e specialmente dell'art. 11 – da parte delle regioni Marche, Toscana, Emilia-Romagna ed Umbria. Emendamenti essenziali dell'art. 11 operati dalla l.448/01 (Modifiche al d.lgs. 17.5.1999, n. 153, in materia di fondazioni) sono: «-1....”Settori ammessi”»: 1) famiglia e valori connessi; crescita e formazione giovanile; educazione, istruzione e formazione...; volontariato, filantropia e beneficenza; religione e sviluppo spirituale; assistenza agli anziani; diritti civili; 2) prevenzione della criminalità...prevenzione e recupero delle tossicodipendenze...3) ricerca scientifica...4) arte, attività e beni culturali...() -3...Le fondazioni, in rapporto prevalente con il territorio, indirizzano la propria attività esclusivamente nei settori ammessi e operano in via prevalente nei settori rilevanti, ... prevalenza ai settori a maggiore rilevanza sociale. () -4...nell'ambito dell'organo di indirizzo...possano efficacemente contribuire al perseguimento dei fini istituzionali, fissando un numero di componenti idoneo...e prevedendo modalità di designazione e nomina dirette a consentire una equilibrata... rappresentanza di ciascuno dei soggetti... () -11...assicurando il collegamento funzionale con le loro finalità istituzionali ed in particolare con lo sviluppo del territorio».

si sono originati i tentavi di compressione delle libertà delle Fb, in quanto società o «comunità del fatto associativo religioso»⁹.

Il punto è il rapporto tra tali formazioni sociali intermedie e il generale ordinamento della *civitas*.

Esistono, infatti, rischi di interferenza, di controllo e di imposizione autoritaria *ab extra* da parte dei pubblici poteri nei confronti del gruppo, delle sue tensioni ideali, della sua libertà negoziale¹⁰.

In questo quadro le Fb promuovono iniziative di servizio (anche) di ispirazione confessionale concorrendo ad una convergenza peculiare tra dimensione statale ed ecclesiale, attraverso un fine di «servizio alla persona umana»¹¹. In altri termini, istituzione e servizio o, se si vuole, ente e funzione, se finalizzati alla dimensione dell'uomo ed alle aspirazioni primarie di eticità e spiritualità – latamente di «socialità» – danno luogo ad un sorprendente punto di raccordo tra società politica e società ecclesiale.

Le Fb enti del «terzo settore», attori di una precisa «iniziativa associativa di servizio»¹², stanno ad indicare il costante rimodellarsi delle istituzioni attraverso figure di confine e ponte d'unione tra Stato e Chiesa, di sovrapposizione e di integrazione degli scopi: una incessante rigenerazione di quella «combinazione sociale», quale straordinaria monade unificante delle istituzioni e dell'ordinamento giuridico nelle sue infinite variabili, così come veniva felicemente preconizzato dalla dottrina, oltre settanta anni fa¹³.

La fluidità dell'attuale modello di ordinamento giuridico i cui attori possono davvero ritenersi artefici della propria storicità, soggetti di sé stessi¹⁴, abbraccia un'esperienza giuridica¹⁵ in continuo divenire, capace di condensare libertà sociali, economiche, religiose. Ciò che importa, alla fine, è la libertà dell'ente nel perseguire ed attuare i fini suoi propri, senza costrizioni o controlli odiosi¹⁶.

⁹ Riprendo tale espressione tecnica da PIERO BELLINI, *Diritti inviolabili dell'uomo e formazioni sociali religiose (contributo all'interpretazione dell'art.2 della Costituzione)*, in *Studi in onore di P.A. D'avack*, I, Giuffré, Milano, 1976, p. 218, precisando delle Fb i caratteri peculiarissimi dell'associazionismo filantropico che si svolge esternamente alla Chiesa.

¹⁰ Si veda ancora ID., *ibidem*, p. 218.

¹¹ VICENTE PRIETO, *Le iniziative di servizio d'ispirazione cattolica nel contesto dei rapporti Chiesa-comunità politica, in Volontariato sociale e missione della Chiesa* (a cura di J.Miñambres), Ed. Università della Santa Croce, Roma, 2002, p. 157.

¹² Cfr. ID., *ivi*, p. 160.

¹³ FRANCESCO CARNELUTTI, *Metodologia del diritto*, rist. Cedam, Padova, 1990, pp. 62 ss.

¹⁴ SANTI ROMANO, *L'Ordinamento giuridico*, Mariotti, Pisa, 1918, pp. 112 e ss.

¹⁵ GAETANO LO CASTRO, *Ordine temporale, ordine spirituale e promozione umana. Premessa per l'interpretazione dell'art. 1 dell'Accordo di Villa Madama*, in *Il Dir. Eccl.*, Giuffré, Milano, 1984, p. 507 ss.

¹⁶ Si vedano, tuttavia, le osservazioni di PIETRO PERLINGIERI, *Istituzioni di diritto civile*, Edizioni

2. Il rapporto funzionale tra «libertà sociali» e libertà religiosa colto nell'attività statutaria delle Fondazioni bancarie

Il Giudice costituzionale nel descrivere le Fb come «soggetti dell'organizzazione della libertà sociale»¹⁷ così prevedendo una netta distanza dai «soggetti delle funzioni pubbliche» sembra cogliere tensioni al cambiamento che solo parzialmente si armonizzano con le istanze di decentramento e con il retto controllo da parte dei pubblici poteri di quel vasto settore di attività di respiro sociale di cui i soggetti privati si fanno da tempo promotori.

Si insisterà qui sulla distinzione espressa dall'Alta Corte tra «soggetti delle funzioni pubbliche» e «soggetti delle libertà sociali», per l'importanza che la garanzia della preservazione dell'identità dei soggetti assume nell'attuale quadro del diritto pubblico e più generalmente, dell'art.2 della Cost.

Lo Stato sociale contempla ed esalta i corpi sociali intermedi; ne accoglie le manifestazioni e forme molteplici che vivificano il rapporto tra soggetto e Stato: fondazioni, associazioni, partiti, istituzioni e attività della Chiesa. In questo panorama, la peculiarità delle Fb sta nella loro natura di persone giuridiche private, aventi il fine principale di promozione di «libertà sociali» e, in questo senso, in grado di esprimere un *quid novi* non solo in virtù degli scopi statutari perseguiti ed oggi sviluppati su terreni dominati per tradizione dalle istituzioni ecclesiastiche¹⁸ ora rielaborati nel solco della cooperazione¹⁹,

Scientifiche Italiane, Napoli, 2001, p. 78, il quale ammette qui, rispetto alle associazioni riconosciute, il più penetrante controllo della PA, per il fatto che: «non esiste un congegno interno che consenta la correzione o regolarizzazione della gestione» di tali enti.

¹⁷ Corte cost. sent. 300/03, punto 7 del Considerato in diritto, dalle cui argomentazioni quel Giudice trae la infondatezza *in toto* delle censure sollevate dalle Regioni: «Le Regioni Toscana, Emilia-Romagna e Umbria, fanno altresì valere, a favore della propria competenza legislativa... che le fondazioni di origine bancaria... operano per scopi di utilità sociale in materie relativamente a molte delle quali esiste competenza legislativa regionale, alla stregua del 3 e 4 co. dell'art. 117 (Cost.)... Le fondazioni... rientrerebbero perciò nell'ambito della competenza delle leggi regionali... Questo modo di ragionare presuppone che le fondazioni di origine bancaria e le loro attività rientrino in una nozione, per quanto lata sia, di pubblica amministrazione in senso soggettivo e oggettivo. Dopo il d.lgs. n. 153, questo presupposto non è più sostenibile. La loro definizione quali persone giuridiche private, dotate di piena autonomia statutaria e gestionale; il riconoscimento del carattere di utilità sociale agli scopi da esse perseguiti;... collocano... le fondazioni di origine bancaria tra i soggetti dell'organizzazione delle «libertà sociali» (sent. n. 50/1998), non delle funzioni pubbliche... Non è dunque possibile invocare le funzioni attribuite alla competenza delle Regioni per rivendicare ad esse il potere di ingerenza nell'organizzazione di soggetti che appartengono ad un ambito diverso da quello pubblicistico che è il loro...».

¹⁸ Si veda il volume *Restauro. Gli interventi delle Fondazioni bancarie*, (a cura dell'ACRI), Roma.

¹⁹ Il settore dei beni culturali è indice eloquente della capacità di dialogo tra Fb, Chiesa e istituzioni pubbliche locali. Si pensi al progetto «Città e Cattedrali. Architettura tra memoria e futuro», che ha coinvolto le Diocesi piemontesi, la F. CR di Torino e la Regione Piemonte, con lo scopo di

ma anche per la loro origine di soggetti operanti nel settore economico. Una natura che, nonostante l'avvenuto sganciamento legislativo da tale matrice, è stata causa di un grave rischio di compressione della propria autonomia. Il nocciolo della questione sembra potersi individuare nella perdita di valore dell'identità del gruppo sociale, in quanto «soggetto» delle libertà sociali (e tra esse, delle libertà di attività statutarie di interesse religioso) e dell'oblio della forza identificatrice esercitata dalle *normae agendi* sul gruppo sociale che ne è l'artefice²⁰, in favore di maggiori controlli da parte dei pubblici poteri.

La decisione della Corte costituzionale ha colto l'essenza della questione, coerente con la visione pluralista delle istituzioni. Certo, alla garanzia riconosciuta ai soggetti andava necessariamente collegato il riconoscimento della natura privata degli stessi. Il problema della «sogettivazione» – che per le Fb assolve alla attribuzione della qualifica di «ente essenziale»²¹ – ha significato in quanto l'ordinamento ravvisi in esse un adeguato portatore di interessi super-individuali. Non si tratta di globalizzazione economica. Le Fb offrono un quadro vivacissimo delle molteplici possibilità di intreccio e di fusione delle «libertà sociali» statutarie sì da funzionalizzare il fattore economico ad attività (anche) di interesse religioso²².

Queste sembrerebbero le osservazioni da trarre dalle sentenze – specialmente la 301/03 – della Corte costituzionale²³. Così, l'impressione che esistano

valorizzare il patrimonio culturale di interesse religioso piemontese attraverso la creazione di un circuito culturale di collegamento tra le 17 cattedrali del Piemonte.

²⁰ ARTURO CARLO JEMOLO, *Il bisogno di libertà* cit., p. 344: «l'esistenza ed il funzionamento di gruppi sociali che determinino delle *normae agendi*, è ancora condizione di vita di ogni gruppo».

²¹ Si tratta di procedimenti attributivi di qualifiche, assai consueti nell'ordinamento giuridico: si pensi ad es., alle confessioni religiose. Sul punto cfr. ANTONIO VITALE, *Corso di diritto ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 32.

²² La Corte cost. sottolinea la natura degli scopi di utilità sociale delle Fb per rigettare i ricorsi proposti. Cfr. punto 5 del Considerato in diritto, sent. Corte cost. n. 300/2003: «Tutte le censure si basano sul presupposto che le fondazioni di origine bancaria siano tuttora soggetti caratterizzati dall'appartenenza all'organizzazione del credito e del risparmio. Tale presupposto non è oggi più sostenibile, tenuto conto degli sviluppi della legislazione in materia a partire dal 1990. La l.30.7.1990, n. 218 () e il successivo d.lgs. 20.11.1990, n. 356 () hanno dato avvio ad una profonda trasformazione e riorganizzazione del settore bancario () ... procedura, che ha attivato una fase di trasformazione degli enti pubblici creditizi condotta essenzialmente all'interno di essi ... [e che] può dirsi normativamente realizzata. Essi – quali enti pubblici gestori della partecipazione al capitale delle società conferitarie – cessano di esistere come tali ... e vengono trasformati in “fondazioni”, “persone giuridiche private senza fine di lucro, dotate di piena autonomia statutaria e gestionale”, che “perseguono esclusivamente scopi di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico secondo quanto previsto dai rispettivi statuti”».

²³ Altro problema è se il legislatore si possa arrogare il diritto di controllare una associazione nell'intento di tutelarla da «inquinamenti». Il che è il presupposto alla cancellazione della libera scelta, fra ciò che è bene e ciò che è male per l'associazione. Cfr. ARTURO CARLO JEMOLO, *I limiti della libertà*, cit., p. 351.

«soggetti delle libertà sociali» degni di essere destinatari di una autonoma identificazione, distinta dai «soggetti delle funzioni pubbliche», derivati dal mondo dell'imprenditoria economico-creditizia ma scissi per natura e scopi – e soprattutto per *voluntas legislatoris*²⁴ – da quello, riconduce tali enti al più vasto fenomeno dei «corpi sociali intermedi», che possono ormai ritenersi costituenti: «...uno degli strumenti più efficaci di azione di gruppi nella società pluralistica»²⁵.

3. La riaffermazione dei criteri identificativi dei soggetti intermedi e dello spazio di esercizio incondizionato delle "libertà sociali": la centralità dell'individuo

L'esperienza delle Fb richiede nell'interprete del diritto una disponibilità ad estendere gli usuali schemi formali di riferimento. La questione della libertà di agire e di promuovere scopi statutari attraverso *normae agendi* si lega indissolubilmente per le Fb con la precisazione della qualificazione soggettiva di "formazione sociale" (art. 2 Cost.). La loro non assimilabilità agli istituti bancari, il primato dell'indole privatistica per origine, scopi e attività, è il fattore che li sottrae ai poteri di controllo pubblico.

Il rischio di simili attrazioni, riconsiderato dalla giurisprudenza costituzionale, ripropone la verifica dell'effettivo rispetto del principio di personalità, il cui primato dovrebbe porre in un piano di subordinazione – per quanto limitatamente ad una prospettiva di derivazione sistematica – il principio aureo di sovranità popolare²⁶. Il rischio di apprensione al controllo pubblico delle Fb per la loro natura di soggetti intermedi, in grado di arricchire l'assetto «politico» dell'ordinamento attraverso scopi di «libertà sociale» che si sovrappongono ad attività di interesse religioso e di solidarismo comporta, così, una abiura del principio di personalità. Questa osservazione attinge ad un pensiero sostanzialmente condiviso, sulla ricchezza degli apporti dei soggetti intermedi ed i benefici recati all'ordinamento giuridico²⁷, in quanto soggetti portatori di libertà.

²⁴ Si veda la l. n. 218/90, cd. «Legge Amato» e relativo d.lgs. 356/90 e la l. 474/94, art. 1c, 7-7 ter.

²⁵ PIETRO RESCIGNO, voce *Fondazione*, cit., p. 794.

²⁶ EGIDIO TOSATO, *Rapporto tra persona, società intermedie e Stato*, in *I diritti umani. Dottrina e prassi*, Ed. AVE, Roma, 1982, p. 655.

²⁷ Per l'individuazione delle «formazioni sociali» in base ad un criterio di «tipicità» vedasi TEMISTOCLE MARTINES, *Formazioni sociali e libertà politiche*, in *Studi in onore di M. Mazzioti di Celso*, II, Cedam, Padova, 1995, pp. 135 ss, spec. p. 138-139.

Più interessante sembra, tuttavia, il rilievo sull'utilità attuale espressa dalle formazioni sociali intermedie nel quadro del decentramento delle funzioni pubbliche e della necessità che gli apporti dei soggetti privati sul terreno delle «libertà sociali» si inserisca nella scia dell'evoluzione organizzativa dello Stato, verso la periferia dei soggetti pubblici.

L'utilità delle formazioni intermedie può essere efficacemente riconosciuta sulla base del principio di sussidiarietà e di pluralismo e, nel caso delle Fb, sull'apporto alle «libertà sociali» comprensive di porzioni significative di attività di indole confessionale o ad essa sovrapponibili²⁸.

Lo Stato attuale, polifunzionale e aperto alla pluralità dei soggetti e degli interessi, alla varietà degli scopi perseguiti dagli enti, garantisce la proposizione delle «libertà sociali», la loro flessibilità attraverso meccanismi negoziali, statutari, di libertà contrattuale. L'attività delle Fb, indirizzata sulle libertà dell'individuo attraverso strumenti giuridici di diritto privato, dà luogo ad una commistione di discipline e scopi di cui il destinatario ultimo è l'individuo nella sua centralità²⁹.

Sarà utile, a questo punto, focalizzare i momenti essenziali fissati dal Giudice costituzionale sulla questione della natura giuridica delle Fb raccordabili con la promozione di attività di interesse confessionale e la compressione della libertà statutaria dell'ente.

4. I punti di rilievo nelle pronunce della Corte Costituzionale n. 300 e 301 del 24 settembre 2003 sulle Fondazioni bancarie: sovrapposizione tra finalità di interesse religioso e attività istituzionali dell'ente. Intangibilità della natura privatistica delle Fondazioni bancarie e degli scopi statutari

Occorrerà concentrare l'attenzione sul tema della libertà di perseguimento degli scopi statutari (siano essi di utilità sociale o di interesse religioso) da parte dell'ente. Sono le menzionate sentenze della Corte costituzionale a fornire l'indice preciso, dopo un percorso normativo assai faticoso³⁰, dei punti

²⁸ EGIDIO TOSATO, *ivi*, p. 701.

²⁹ TEMISTOCLE MARTINES, *ivi*, pp. 141 ss.

³⁰ Le leggi più significative sulle fondazioni bancarie, in sintesi, sono: l.30 luglio 1990, n. 218 (cd. legge Amato), ristrutturando il sistema bancario nazionale e permettendo la nascita delle Fb, attraverso il conferimento da parte degli istituti di credito delle loro aziende bancarie in Spa; art.15, l.11 agosto 1991, n. 266 (cd. legge sul volontariato) che impone alle Fb erogazioni (per 1/15) da destinare al finanziamento dei Centri Servizi per il Volontariato nelle regioni; l. 30 luglio 1994, n. 474 che sostiene il processo di privatizzazione delle imprese pubbliche bancarie; l.23 dicembre 1998, n. 461

di contatto tra libertà sociali e scopi statutari di religione.

Sono tre gli elementi di valutazione offerti dalle pronunce della Corte costituzionale per una comprensione delle libertà statutarie (capacità di produrre *normae agendi*) delle Fondazioni bancarie³¹. A tali tre elementi si riconducono altrettanti rilievi sulle modalità dell'ente volte alla promozione di scopi e libertà confessionali: quanto al primo punto – l'intangibilità dispositiva dei «settori di intervento» da parte dell'Autorità di vigilanza – basterà richiamare le trascorse riflessioni circa la libertà di qualsiasi soggetto istituzionale nel promuovere liberamente *normae agendi* e di provvedere liberamente a definire le proprie attività e scopi statutari: provvedendo, insomma, per l'autorità governativa un potere di vigilanza che nulla ha a che vedere con il normale esercizio di poteri di indirizzo.

Quanto al secondo punto, relativo alla provenienza pubblica e privata dei componenti dell'Organo di indirizzo, si è osservato come un numero cospicuo di statuti di Fb dispongano la partecipazione di rappresentanti della Chiesa, talvolta designati direttamente dal Vescovo diocesano. La Corte cost., dichiarando l'illegittimità dell'art. 11, co.4, primo periodo, della menzionata

(cd. l. Ciampi), che riconosce la natura giuridica privata come enti *non profit* ed autonomia statutaria alle Fb. Tale legge è la base di inquadramento delle attività di rilievo pubblico e sociale delle Fb; l.finanziaria 28 dicembre 2001, n. 448 (cd. l.Tremonti), il cui art.11 era inteso a rafforzare il controllo pubblico sulle Fb, attraverso l'inserimento di soggetti aventi prevalente e qualificata rappresentanza degli enti ex art. 114 Cost., negli Organi di indirizzo delle Fb; il DM. 2 agosto 2002, n. 217 (attuativo della l.448/01) e abrogato dal DM 18 maggio 2004, n. 150, che individuava nei cd. «settori ammessi» il nucleo delle attività ispiratrici delle Fb e sottolineava il rapporto prevalente di tali attività col territorio; d.l. 30 settembre 2003, n. 269, che eleva da tre a cinque il numero dei «settori rilevanti» di intervento da parte delle Fb.

³¹ Tra le osservazioni opposte dalle regioni circa la natura giuridica delle Fb, si legge nella sentenza Corte cost. n. 301/03 che: «...Il presupposto della questione sollevata è che, nonostante sia stabilito che le Fb assumano personalità giuridica di diritto privato, la legislazione sinora emanata dallo Stato non le ha mai considerate propriamente tali (...) La personalità privatistica della fondazioni sarebbe quindi piuttosto la determinazione di un regime giuridico degli atti da esse posto in essere che non espressione dell'effettiva qualità dei soggetti, sottoposti a penetranti discipline pubbliche: e ciò, sottolinea la Regione, porterebbe in radice che la disciplina in questione possa essere ricondotta alla materia dell'«ordinamento civile». La legislazione vigente – prosegue la Regione – si fonda invece in larga parte sull'idea di assimilazione delle fondazioni agli enti creditizi (...) una volta cessato il collegamento tra le une e gli altri, le fondazioni apparirebbero come strutture operanti istituzionalmente in settori di utilità sociale, in massima parte ricadenti nelle competenze legislative regionali». Si veda *Nono rapporto cit.*, p. 244 e ss.

L'adesione delle Fb a costituirsi in giudizio, assieme all'ACRI, è stata unanime, tutte concludendo per la declaratoria di illegittimità costituzionale delle norme impugnate: «...Si insiste in particolare, negli atti di costituzione, anche alla stregua di argomenti di carattere storico, sulla natura ontologicamente privatistica delle Fb (...). Sostengono (...) che il potere dell'autorità governativa non potrebbe giammai esplicarsi al di fuori dei limiti consentiti dal suddetto carattere privatistico, pur speciale, delle Fb». *Nono rapporto cit.*, p. 230.

1.448/01³², ha sostenuto l'autonomia dell'identità, ossia della composizione delle Fb e la necessaria estrazione allargata di tali soggetti nel pubblico e nel privato, sì da garantire una effettiva «rappresentanza» di tutte le esigenze emergenti, rilevando quanto una diversa soluzione che imponesse in misura massiva l'elemento amministrativo degli enti locali avrebbe favorito la «contaminazione» dei soggetti attraverso scelte preferenziali, guidate da ragioni politiche, con la conseguenza di influenzare negativamente l'azione di tali enti. Tale questione conduce direttamente all'ultimo aspetto relativo all'incidenza delle attività svolte dalle Fb sulla realtà locale³³.

Il Giudice costituzionale nel ribadire – attraverso le Fb – l'intangibilità degli enti privati da pressioni dei poteri pubblici ha confermato un principio generale che sta nella autonomia delle formazioni sociali intermedie e nella libertà di creare *normae agendi* attraverso la potestà statutaria.

Il punto rilevante sta nella garanzia che tali libertà di scopi, contemplate dalla Costituzione, tale rimanga in rapporto alle pretese di controllo avanzate dai poteri locali, tenuto conto che la libertà di religione subisce oggi uno scivolamento verso «l'amministrazione» locale, nell'ottica del decentramento istituzionale, della delega di funzioni e del dialogo tra rappresentanze.

In questo contesto, la riaffermazione dell'intangibilità della natura privatistica delle Fb, della loro autonomia sia nell'individuazione di aree di intervento tramite *normae agendi*, sia nell'origine dei soggetti componenti gli organi di «creazione» e amministrazione di tale volontà «privata» avente scopi pubblici e sociali, si lega con il principio di libertà (anche) religiosa e conferma il portato dell'equivalenza tra diritto ed istituzione e dell'impossibilità di ridurre quest'ultima ad un semplice aggregato logico di norme, senza che vi sia il sostegno immancabile del «corpo sociale», inteso quale

³² Si tratta «...della parte in cui prevede nella composizione dell'O.di i. “una prevalente e qualificata rappresentanza degli enti, diversi dallo Stato, di cui all'art. 114 Cost., idonea a riflettere le competenze nei settori ammessi in base agli artt. 117 e 118 Cost.”, anziché “una prevalente e qualificata rappresentanza degli enti, pubblici e privati, espressivi delle realtà locali”». *Nono rapporto* cit., p. 240.

³³ Il Giudice costituzionale osserva che «...una prevalente rappresentanza, nell'ambito degli O.di i., degli enti diversi dallo Stato di cui all'art. 114 Cost.» avrebbe «pubblicizzato» l'attività delle Fb «influenzandone in maniera decisiva l'operatività». Prosegue, poi, nel ragionamento: «Ora, prescindendo da una disamina dei singoli parametri evocati, può affermarsi come, nonostante la varia tipologia delle fondazioni di origine bancaria, sia storicamente indiscutibile un loro collegamento con le realtà locali, quale riflesso del radicamento territoriale degli enti bancari e delle casse di risparmio da cui traggono origine. (...) la censura di irragionevolezza della norma risulta fondata in quanto non può non apparire contraddittorio limitare la ipotizzata presenza degli enti rappresentativi delle diverse realtà locali agli enti territoriali senza ricomprendervi quelle diverse realtà locali, pubbliche e private, radicate sul territorio ed espressive, per tradizione storica, connessa anche all'origine delle singole fondazioni, di interessi meritevoli di essere “rappresentati” nell'O.di i. ». Cfr. *Nono rapporto* cit., p. 235.

organizzazione o insieme di individui che si sostengono attraverso uno scopo libero e legittimo, la cui indole altruistica può offrire nuove certezze ai dubbi e alle debolezze del singolo³⁴.

5. Conclusioni

Può apparire un vezzo aneddótico che gli statuti di gran parte delle attuali Fb richi amino trascorse placitazioni del Governo Pontificio e decreti cardinalizi che ne attestavano gli scopi pii. Tali datati riconoscimenti ecclesiastici hanno il sapore del ricorso storico, ma non più di questo.

Eppure, pur rimanendo estranei al terreno ecclesiastico, questi enti del «Terzo settore» vi si riconducono non solo perché lasciano intravedere i possibili sviluppi degli enti solidaristici sia nel versante civilistico del tema che nella prospettiva ecclesiastica aperta dal Concilio Vaticano II, sulle «relazioni istituzionali fra società giuridicamente organizzate»³⁵, ma anche perché denunciano le difficoltà che gli enti «non profit» incontrano nei rapporti tra e con i poteri pubblici (ossia nella linea di demarcazione tra formazioni sociali intermedie e Stato e suoi apparati subordinati).

La previsione statutaria di scopi di interesse religioso da perseguire permette di trasferire in questa sede, come si è cercato di esporre sin qui, una questione di natura generale per gli enti confessionali: lo spostamento della «linea di demarcazione» tra società civile ed ecclesiale³⁶ nel contesto del principio di libertà religiosa e della libertà del suo inserimento tra gli scopi statutari dell'ente. La decisione del Giudice costituzionale ci dice questo: le Fb sono «soggetti delle libertà sociali» – con ciò cogliendo l'essenza etica del loro agire – e sulla base dell'autonomia statutaria che ha il nucleo nella creazione di *normae agendi*, si pongono come testimoni e attori di un perenne accomodamento delle frontiere istituzionali. Si tratta di limiti contrassegnati da tematiche delicate, un tempo appannaggio della Chiesa: pubblica istruzione, beneficenza, famiglia, al cui timone lentamente si è proposto lo Stato e il privato.

Ma la «mobilità delle frontiere» è un fattore che nella geografia giuridica

³⁴ SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 40: «...il diritto non consacra soltanto il principio della coesistenza degli individui, ma si propone sopra tutto di vincere la debolezza e la limitazione delle loro forze, di sorpassare la loro caducità...».

³⁵ VICENTE PRIETO, *Le iniziative di servizio*, cit., p. 158.

³⁶ Raccoglio tale espressione da GAETANO CATALANO, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 9.

dispone in piena autonomia sulle decisioni del legislatore, modificandone i progetti a suo piacere. Ciò che importa è la sussistenza di frontiere, quali esse siano, tali da assicurare uno «*spatium deliberandi*» all'ente ed un necessario «*limes constitutus*» ai pubblici poteri, che è il veritiero confine estremo all'esercizio della propria potestà sui soggetti subordinati o «mediani» dell'ordinamento, quelli stessi che, per comodità, si identificano come «formazioni sociali»³⁷.

Le fondazioni ancora oggi sono portatrici di valide iniziative suggerite dal lato più nobile ed insondabile dell'iniziativa solidale dell'uomo verso il suo simile, così rinverdendo antiche consuetudini che le vedevano «alimentate della stessa tradizione dello spirito popolare»³⁸: nel caso delle Fb la «sovranità delle coscienze» viene garantita da interferenze del «pubblico potere» su due piani distinti: quello della libera capacità associativa e costitutiva delle volontà e ampiezza d'azione (*normae agendi*) e quello della libertà di individuazione degli scopi (anche) di natura religiosa che si sottraggono ai controlli autoritativi. Sicché il confine mobile che governa le interrelazioni tra soggetti – enti e formazioni sociali –, attori dell'ordinamento, attinge da tale flessibilità la sua stessa ragion d'essere imprimendo nuova energia alle dinamiche delle istituzioni giuridiche.

³⁷ PIERO BELLINI, *Diritti individuali dell'uomo*, cit., p. 224.

³⁸ PIETRO RESCIGNO, voce *Fondazione*, cit., p. 796, così richiamando HANS LIERMANN, *Handbuch des Stiftungsrechts*, I, Mohr-Siebeck, Tübingen, 1963.

*Le economie carismatiche nella Chiesa cattolica a Catania*¹

ANNA MARIA LEONORA

Negli ultimi 50 anni l'Italia ha inteso quale indice di democrazia matura l'estensione dell'accesso ai servizi sanitari di base a tutti i cittadini. In realtà, ci sono ambiti del vasto settore di servizi di assistenza e cura della persona che, da tempo immemorabile, appartengono all'intervento di istituzioni religiose in un costante rapporto di operoso radicamento nella comunità territoriale. In particolare, l'esistenza di figure carismatiche, capaci di realizzare soluzioni nuove o semplicemente mancanti rispetto ai disagi della società (come la costruzione di scuole e ospedali), mostra il debito della nostra civiltà verso le «buone pratiche» ed i «rapporti virtuosi» istaurati da attori sociali che nelle situazioni problematiche riescono a vedere indicazioni per lo sviluppo ed il progresso civile.

Dal punto di vista sociologico, prospettiva da cui procede questo scritto, l'interesse verso quelle circostanze in cui l'attore sociale viene contemporaneamente coinvolto nella sua dimensione spirituale/culturale e nella sua dimensione di adattamento al contesto materiale ha offerto lo spunto per un'originale rilettura delle forme di attività economica che includono indirizzi e motivazioni valoriali genericamente indicati come solidaristici. L'osservazione di una nuova modalità d'espressione della stessa umana propensione allo sviluppo e al miglioramento della qualità di vita rivela, infatti, un modo nuovo di utilizzare le risorse e fornisce importanti elementi di discussione e riflessione all'interno del dibattito sui processi di mutamento culturale. Le nuove forme di espressività economica e produttiva, però, data la loro vastità e diversità, difficilmente possono essere contenute in una categoria uniforme, poiché in essa dovrebbero essere comprese forme d'imprenditoria e forme

¹ Il saggio riproduce in versione aggiornata e sintetica la ricerca di cui si relaziona nel testo monografico *Oikos e caritas. Le ragioni culturali dell'agire economico* edito da FrancoAngeli, Milano 2007.

di consumo, indirizzi di sviluppo comunitaristico insieme con motivazioni civiche o anche religiose con motivazioni individualistiche raramente conciliabili. La realtà sociale, però, offre già un sincretismo di progetti, sperimentazioni e realizzazioni che non è possibile ignorare, anzi sfida a nuove più ardite «costruzioni tipologiche» di osservazione e catalogazione scientifica. Molte delle più recenti ricerche sociologiche hanno osservato queste realtà inserendole nelle declinazioni del concetto di «società civile» e dei fenomeni ad essa correlati, intendendo con ciò mettere in evidenza le dinamiche d'interazione che incidono sul tessuto mediano che collega le strutture istituzionali e le singole potenzialità organizzative delle risorse informali; dinamiche che spesso fanno leva su motivazioni e significati indicati complessivamente con il termine etica².

La ricerca di cui si riporta prende le mosse da uno studio di caso, svolto con tecniche biografiche, riguardante gli enti fondati e diretti da preti e religiosi cattolici nella città di Catania dal dopoguerra ad oggi (1945/2005). L'implementazione economica della missione religiosa, quale impegno del clero cattolico per la città etnea nell'assistenza sociale e sanitaria, suggerisce, infatti, un campione tipologico d'individui che concertano la sacralità e la secolarità del loro agire e perciò realizzano una riduzione della complessità della realtà sociale, facendosi vettori e traduttori di scelte valutative impostate a razionalità difformi rispetto i sistemi di riferimento, conciliando concretamente *oikos* e *caritas*³. In tal senso, la necessità di comprensione unitaria della dimensione sociale dell'agire umano, in particolare dell'agire produttivo, svela la necessità per il ricercatore di trovare un percorso dell'agire sociale che contenga istanze diverse e apparentemente irriducibili. Per l'appunto, *oikos*, l'amministrazione della casa, rimanda all'esigenza, per gli uomini e per gli aggregati umani, di regolarizzare e oggettivare relazioni ricorrenti ed efficaci, costituendo strutture, istituzioni, codici e sistemi funzionali⁴. Così inteso, *oikos* si oppone a *caritas*, che a sua volta si propone quale suo antidoto e complemento, promuovendo la caratteristica componente di libertà (non costrittività), gratuità, affettività e fiducia dell'agire umano a favore di membri o di parti della società non produttivi o di incerto risultato. Questa particolare polarità delinea un dinamismo

² MAURO MAGATTI, *Il potere istituyente della società civile*, Roma-Bari, Laterza, 2005.

³ Ovviamente, sulla scelta dei termini *oikos* e *caritas* ha influito in modo determinante la lettura dei saggi sul metodo di M. Weber, in particolare il saggio *Roscher e Knies e i problemi logici dell'economia politica di indirizzo storico*; cfr. MAX WEBER, *Saggi sul metodo delle scienze storico-sociali*, Milano, Edizioni di Comunità, 2001, pp. 3-136.

⁴ NEIL J. SMELSER, *Sociologia della vita economica*, Bologna, Il Mulino, 1967, ed anche NICHLAS LUHMANN, *Illuminismo sociologico*, Milano, Feltrinelli, 1983.

interno che ricorda il rapporto tra il principio dell'accordo contrattuale tra gli individui⁵ contenuto in *oikos* e la reciprocità propria di *caritas* che si specifica come il principio dell'accordo fraterno tra gli uomini. Poiché anche le scelte individuali (e individualistiche come quelle economiche) avvengono secondo il «modo di pensare il mondo», che evidenzia per un verso la formalità del costruito sociale e per l'altro l'idealità della spinta interiore e motivazionale del singolo, ogni nuova invenzione e innovazione che utilizzi le risorse materiali e culturali in modo nuovo, alternativo rispetto al passato o rispetto alla maggioranza, costruisce sistemi di principi e conoscenze che si pongono in un rapporto di distinzione e comunicazione con il contesto presente e del passato⁶. Pertanto, la presenza della chiesa cattolica nelle sue forme ed espressioni tipiche e peculiari della città di Catania rappresenta, appunto, in una prospettiva diacronica, un modello a cui si può attingere per trarre stimoli alla ricerca sull'agire sociale contenente elementi economici ed idealistico-solidali.

La cultura ecclesiale dell'impegno civile

Lo «studio di caso» che qui viene presentato ha esaminato, attraverso il rilevamento di storie di vita/*tranches de vie*, la nascita e la permanenza a Catania di attività di servizi ed enti socio-assistenziali fondati e/o diretti da unità sociali con caratteristiche culturali e strutturali precise, quali l'appartenenza ad un'istituzione religiosa che, ovviamente, nel caso del territorio in questione, riguarda la Chiesa cattolica. Per quanto concerne il contesto, il riferimento all'ambito territoriale urbano rimanda al concetto di comunità cittadina intesa come territorio definito e tipico⁷, un insediamento di mercato e di sociale, dove gli uomini soddisfano i loro bisogni fondamentali. Dunque un aggregato di relazioni organizzate dove economia, politica e cultura si influenzano a vicenda, costituendo una totalità sociale significativa in quanto la vasta rete di istituzioni, parti sociali amministrative, società civile, autorità locali ed imprese private, concorrono alla gestione delle esigenze, contrattando le risposte ai bisogni dentro i diversi ambiti che contengono e orientano tali relazioni.

Da questo punto di vista, la Chiesa cattolica, nella sua espressione diocesana, è assimilabile ad un decentramento territoriale di tipo amministrativo

⁵ F. FORNARI, *Spiegazione e comprensione. Il dibattito sul metodo delle scienze sociali*, Bari-Roma, Laterza, 2002.

⁶ A. MUTTI, *Capitale sociale e sviluppo. La fiducia come risorsa*, Bologna, Il Mulino, 1998, pp. 27-28.

⁷ Il termine città è inteso nell'accezione contenuta in MAX WEBER, *Economia e società*, op. cit., p. 75.

provinciale ed i suoi membri/sacerdoti presentano i requisiti che appartengono alla sfera delle relazioni di tipo strutturale. Il loro intervento, socialmente impegnato a livello cittadino, rientra perciò in quella prospettiva di coincidenza tra realizzazione del singolo progetto di vita e miglioramento del gruppo o della comunità di appartenenza. In questo senso specifico l'unità sociale indagata ostenta una precisa cultura e un sistema di valori e motivazioni all'agire, ma agisce in ambiti contigui e non coincidenti con l'ambito culturale di provenienza. Difatti, attraverso i suoi membri e le sue strutture fortemente istituzionalizzate, la presenza e l'azione della Chiesa cattolica sul territorio urbano vanta una millenaria esperienza di risoluzione e amministrazione dei bisogni elementari della collettività, soprattutto delle sue fasce deboli.

Si può dire, perciò, con riferimento specifico al territorio etneo, che il settore degli enti (di diversa ragione sociale) preposti alla fornitura di servizi socio-sanitari alla persona è fortemente legato alla tradizione religiosa della città ed assume una funzione complementare rispetto agli enti pubblici di utilità sociale. Catania, infatti, storicamente mostra una forte presenza religiosa ben organizzata e strutturata, che ha impiegato le sue energie negli ambiti in cui la pubblica amministrazione si è rivelata carente. Il contributo complessivo apportato dalle imprese sociali e/o di servizi governate e gestite direttamente dalle istituzioni religiose è stato oggetto della ricerca sociologica solo di recente⁸, eppure, in quanto «organizzazione», la Chiesa⁹ fornisce assistenza sociale, sostegno economico, organizzazione civile, identità e produzione di senso: tutti elementi legati alla soddisfazione dei bisogni del singolo nella più ampia struttura sociale¹⁰.

Come sopra accennato, la cooperazione stato-società, di matrice cattolica, ha radici storiche antiche ed anche ai giorni nostri la crisi dello Stato Sociale ha determinato l'interessamento della Chiesa ad altri nuovi settori del disagio sociale, per esempio la disoccupazione giovanile, specialmente nel Meridione¹¹.

⁸ Gli studi su questa problematica hanno l'intento di scoprire la particolare struttura della società locale, capace di fornire orientamenti di valore e modalità di agire individuale, collocandoli in una precisa cornice di riferimento. Cfr. R. GUOLO, *Religione, economia e società: il caso veneto*, «Religioni e società», anno XVIII, maggio-agosto 2003, pp. 48-60.

⁹ MARIO TEDESCHI, *La rilevanza civile delle associazioni ecclesiali*, in: AA.VV., *Una Facoltà nel Mediterraneo. Studi in occasione dei trent'anni di Scienze Politiche dell'Università di Catania*, Milano, Giuffrè, 2000.

¹⁰ GIUSEPPE BONAZZI, *Storia del pensiero organizzativo*, FrancoAngeli, Milano 2000.

¹¹ Attualmente, in Sicilia, come a livello nazionale, è in corso il progetto Policoro, attraverso cui, dal 1996, gli Uffici nazionali e regionali della Pastorale del Lavoro, insieme alla Caritas ed ad altri enti pubblici, avviano numerose iniziative di promozione dell'imprenditoria giovanile e della cooperazione attraverso il coordinamento ed il monitoraggio dell'ufficio Centro Animazione Lavoro, presente anche a Catania dal febbraio 2004.

Il prestigio di Catania come sede vescovile e la tradizione di gestione economico amministrativa del territorio della diocesi, delle sue risorse e della sua popolazione affonda le radici nell'epoca normanna (1071), periodo in cui tutta la Sicilia sperimentò la pragmatica ed efficiente distribuzione del potere di governo spirituale e temporale. Il vescovo e le famiglie religiose – in particolare i monaci benedettini, come testimoniano i possenti edifici ora divenuti beni culturali – attuarono un'ampia promozione economico-sociale che si prolungò fino alla metà del XII secolo. Quest'opera di rilancio mercantile, urbanistico e intellettuale, organizzata intorno alle tradizioni di senso religioso, alimentò e favorì la nascita di una coscienza cittadina forte. Coscienza che, rafforzandosi, finì con il tempo per emanciparsi dalla stessa autorità ecclesiale, da cui pretendeva di affrancare le considerevoli opportunità economiche, che dopo di allora il centro urbano ed il suo porto erano in grado di offrire. Tra le occasioni di particolare conflittualità va annoverata anche la fondazione della stessa Università degli Studi di Catania, il cui vessillo porta la data 1434, ma che, per contrasti interni alla città tra clero ed aristocrazia vicina alla corte di Re Alfonso, solo nel 1444 ottenne la bolla formalmente elettiva di *Siciliae Studium Generale*¹².

Nel passaggio dal XVI al XVII secolo, la città ebbe a soffrire lo spostamento dell'asse commerciale dal Mediterraneo all'Atlantico e, per fronteggiare gli impegni fiscali, la municipalità regia cominciò ad alienare terre demaniali, determinando la peculiare frammentarietà del territorio provinciale. Inoltre, la caratteristica ambientale di permanente rischio, dovuta alla vicinanza del vulcano Etna, e gli eventi catastrofici ricorrenti che segnavano la città ed il territorio catanese, determinarono una costante condizione d'indigenza in cui versavano larghe fasce della popolazione cittadina e pedemontana, il che indusse l'organizzazione ecclesiastica a dotare la città e la diocesi di strutture assistenziali. Soprattutto nel periodo immediatamente dopo la grande eruzione del 1669, il clero cittadino ed i vescovi, che si avvicendarono, organizzarono numerose ed efficaci opere di carità concretizzate nei due più antichi ospedali cittadini (l'ospedale Santo Bambino, la cui fondazione risale al 1776, ed il Santa Marta fondato dal sacerdote Pietro Catania nel 1759) e nelle istituzioni di assistenza e beneficenza: istituzioni formative con un completo circuito di produttività culturale¹³. In realtà, il clero ebbe un suo guadagno dalla catastrofe, poiché in virtù del rescritto pontificio del 1693 vennero devolute a beneficio della diocesi le rendite e le donazioni elargite precedentemente

¹² AA.VV., *Enciclopedia di Catania*, Trincale Editore, Catania 1980.

¹³ S. CASSAR, *Catania. L'economia tra il XVII e XX secolo*, Catania, Le Nove Muse, 2000, cap. I.

dalla provincia agli enti ecclesiastici; inoltre la diocesi poté incamerare per un quinquennio le rendite dei patrimoni fondiari, i cui titolari erano morti nel terremoto del 1693¹⁴.

L'estensione territoriale della diocesi di Catania si mantenne sino alla prima metà del XIX secolo (1867-1894), quando assunse la forma attuale, favorendo il concentrarsi delle attività di assistenza e cura spirituale e materiale all'interno del perimetro cittadino. L'abolizione delle decime a favore del Vescovo di Catania, a partire dal 1845, non incise particolarmente sulla forza del clero, che manteneva quasi un terzo delle proprietà terriere della provincia. La legislazione crispina, però, tentò di ricondurre sotto il controllo del giovane stato italiano la corposa e articolata macchina caritativa della chiesa attraverso la legge 6972/1890 che trasformava le Opere Pie in Ipb, cioè Istituzioni Pubbliche di Assistenza e Beneficenza, subordinate alla vigilanza dei Prefetti e degli enti territoriali quali Provincia, Comune ed oggi Regione¹⁵. Da questo periodo in poi l'attività della chiesa si concentrò su tre punti cardine: la formazione intellettuale di alto livello dei propri membri; l'educazione cattolica delle nuove generazioni con le scuole dirette da ordini religiosi maschili e femminili; l'assistenza caritatevole a infermi e poveri. Tale forma di partecipazione alla vita socio-politica della città si è protratta, con personaggi più o meno influenti, fino al tempo dei conflitti mondiali¹⁶.

In particolare, gli anni immediatamente prima e immediatamente dopo il secondo conflitto mondiale (1943/47) sono caratterizzati dalla tensione e dall'intenzione delle istituzioni – ecclesiali, monarchiche e politiche di centro, a mantenere coeso il paese, pur invogliando la popolazione ad interessarsi e a partecipare alle cruciali decisioni politiche e civili di quel momento storico. È il più importante periodo di fondazione ed espansione delle istituzioni religiose a carattere assistenziale e formativo/educativo a Catania con scuole ed istituti. Esso si inserisce in un momento epocale per la società e la cultura italiana: cambiano, infatti, gli scenari politico istituzionali e governativi, si riaccendono le aspettative di un miglioramento della qualità della vita, si guarda a nuovi modelli culturali e tecnologici – come determinanti delle sorti della guerra appena conclusa. Sia a livello nazionale che regionale si registra un'intensa attività di partecipazione alla ripesa delle attività amministrative e produttive ad opera delle due principali organizzazioni, presenti su tutto il territorio italiano

¹⁴ Cfr. S. CASSAR, *Catania*, op. cit., p. 18.

¹⁵ Cfr. R. GUOLO, *Religione, economia e società: il caso veneto*, in: "Religioni e società", anno XVIII, maggio-agosto 2003, pp. 48-60.

¹⁶ AA.VV., *Catania. Splendore del Barocco*, Catania, EAC., 2004.

nonostante le profonde differenze locali: il clero e l'azione cattolica.

Nell'ultimo sessantennio del Novecento, la Chiesa cattolica si inserì attivamente nella società civile catanese, rendendosi presente e partecipando alle situazioni delicate e di conflitto tra le diverse parti sociali della città: in verità, già alla fine del 1943, [l'arcivescovo mons. Patanè aveva riunito i parroci suburbani dell'arcidiocesi, "per esaminare i problemi dell'ora presente", i problemi cioè del rapporto fra cura d'anime e attività politiche. L'arcivescovo impartì alcune indicazioni operative, rivolte, per mezzo dei parroci, anche ai sacerdoti e all'Azione cattolica. Queste disposizioni discendevano dall'ultima conferenza episcopale, tenutasi in ottobre a Caltanissetta]¹⁷. Il bollettino consigliava, e a tratti ammoniva, sull'imparzialità del clero e della Chiesa rispetto alla scelta di una o dell'altra parte politica. Tuttavia la lettera pastorale dello stesso mons. Patanè, riguardo al voto del 2 giugno 1946, conteneva accenti che trasparivano un preciso orientamento privilegiato: [il vostro intervento sarà decisivo nei destini del paese. (...) Le donne specialmente in Sicilia sono nella maggioranza cattoliche e delicatamente sensibili alle finezze della pietà cristiana. (...) Sia la vostra una nobile e gentile crociata, che in mezzo al cozzare delle correnti disparate delle passioni, si affermi soavemente cristiana portando il ramo dell'ulivo della Pace e la palma della vittoria]¹⁸.

Il ventennio 1944-1964 si fa ancor oggi ricordare per l'esuberante attività di sviluppo ed il relativo benessere che l'accompagnò, guadagnando alla città di Catania l'appellativo di «Milano del sud». Ma il radicarsi di una precisa classe politica alla guida e alla gestione dell'amministrazione cittadina finì per politicizzare gli uffici pubblici, così come i rapporti umani a tutti i livelli e parti sociali. Perciò, il ventennio successivo, venne connotato dai colori democristiani e, dato il mutato contesto storico, mise in secondo piano il fermento civile e civico, lasciando la scena ai politici di nuova generazione, professionisti della «cosa pubblica» e votati, letteralmente, al mantenimento di quel benessere ormai dato per scontato alla fine degli anni Sessanta¹⁹. Così, dalla fine del successivo ventennio, 1965-1985, la politica di Catania poteva ormai considerarsi un *business*, un circuito finanziario attraverso cui arricchirsi e che, perciò, prestava il fianco ad infiltrazioni criminali: la «Milano del sud» si era mutata nel «caso Catania»²⁰. Ad occuparsi dei problemi della popolazione

¹⁷ SALVO NICOLOSI, *Uno splendido ventennio. Catania 1944-1964*, Catania, Tringale, 1984, p. 154-155.

¹⁸ *Idem.*

¹⁹ SALVO NICOLOSI, *Il caso Catania. 1965-1988: i fatti e il perché dei fatti*, Catania, Tringale, 1984, pp. 450 e succ.

²⁰ *Idem.*

e dei disagi reali di chi si trovava nel bisogno e confrontava la propria fatica quotidiana con il veloce arricchirsi di operatori politici e mediatici, rimase solo l'istituzione che nella città tradizionalmente aveva svolto tale compito come una sua precipua mansione: la Chiesa. Per questo l'amministrazione cittadina, di qualunque colore e coalizione, non pose ostacoli alle sue iniziative ed agli interventi umanitari, anzi talvolta la favorì. Anche a livello nazionale, inoltre, il contesto empirico dei trattamenti socio-assistenziali e sanitari di base ebbe un suo punto di svolta intorno alla fine degli anni Sessanta e nei primi anni Settanta, per trovare il suo culmine con l'approvazione della legge 180/1978 che aboliva gli Ospedali psichiatrici e prevedeva la partecipazione statale nella cura di soggetti con particolari patologie. È storia nota che le difficoltà di realizzazione di questo progetto abbiano, invece, sollecitato l'intervento e la creatività del «privato sociale». La successiva istituzione delle Unità Sanitarie Locali concentrarono le competenze sanitarie presso questi enti e fecero di loro i primi mediatori, tramite convenzione, delle attività a carattere privato che organizzano le opere di assistenza. Secondo la tendenza comune alla nazione, negli anni Ottanta e negli anni Novanta si assiste alla terziarizzazione dell'economia contemporaneamente ad un declino delle attività dei settori industriale ed agricolo. L'intervento dello Stato nell'economia della Regione, inoltre, ebbe l'effetto di [rafforzare nell'opinione pubblica la tendenza ad individuare nella pubblica amministrazione il datore di lavoro per eccellenza, non da ultimo per il fatto di essere sovente anche l'unico presente nella zona]²¹.

Dunque, come anticipato in precedenza, lo sviluppo generale necessita di un inizio di natura sociale che apra la strada ad interventi specifici economico-politici: la città e la sua struttura amministrativa considerano una tradizione [il «patrimonio del povero», cioè la complessa struttura di enti assistenziali, ospedali-ricovero e opere pie]²². A differenza degli stessi anni del secolo precedente (la fine del 1800), quando le parrocchie rimangono ai margini di attività ed iniziative sociali²³, a partire dagli anni Cinquanta e Settanta in cui la città si espande, alcune figure di sacerdotali intendono il loro essere parroci

²¹ AA.VV., *La dimensione sociale dello sviluppo. Primo rapporto sulla realtà siciliana*, Milano, FrancoAngeli, 1993, p. 126-7.

²² GIUSEPPE BARONE, *Lo Stato e le opere pie in Sicilia dall'Unità al Fascismo*, in: AA.VV., *Chiesa e società urbana in Sicilia (1890-1920)*, «Quaderni Sinaxis», n. 6, Catania, Galatea, 1990, p. 61; le virgolette sono dell'autore.

²³ [se consideriamo le principali attività che si realizzavano nelle diverse diocesi subito dopo l'unità, noteremo che esse furono promosse da sacerdoti che non esercitavano cura d'anime, erano organizzate a base cittadina o diocesana e raramente riuscivano a coinvolgere i parroci]: cit. ADOLFO LONGHITANO, *Parrocchia e realtà urbana*, in: AA.VV., *Chiesa e società urbana in Sicilia (1890-1920)*, «Quaderni Sinaxis», n. 6, Catania, Galatea, 1990, p. 153.

di parrocchie di nuova istituzione (spesso in zone marginali o degradate) in modo operativo con particolare attenzione alle nuove generazioni²⁴.

Infine, altro passaggio fondamentale è da considerarsi il decreto regionale del 13/10/1997 sul riordino dei servizi di salute mentale, che stabilisce più dettagliati compiti, competenze e referenze, cioè numero minimo di personale qualificato, arredi e strutture adeguate, per gli enti che si prestano ad offrire servizio di assistenza socio-sanitaria. Le U.S.L. (ora A.S.L.) cominciano, dunque, ad avvalersi di prestazioni terapeutiche, in regime convenzionale, di strutture sia pubbliche che private. Questo coincide con la legge quadro sul *non profit* del 1996, aprendo nuove possibilità e strumenti legali per la costituzione di enti convenzionabili di assistenza ed intervento nella varietà di disagi e di degrado della società. Di conseguenza risulta essere notevole, come volume e come importanza, la produzione legislativa in materia, che disciplina i rapporti tra l'apparato pubblico ed il mondo dell'impegno volontario (legge quadro sul volontariato n. 266, 11 agosto 1991, legge 285 del 1989, legge regionale n. 22, 7 giugno 1994, legge quadro 328 del 2000). Tuttavia, rimane evidente che la legislazione in questione è ancora insufficiente o meglio, inadeguata ed a questo si lega la caratteristica diffidenza della popolazione catanese nei confronti delle istituzioni, dell'amministrazione pubblica e della classe politica in genere, per i fatti sopra accennati, cui fa da contraltare, è il caso di dirlo, l'intervento della chiesa nel sociale. L'impegno civile del clero cattolico per la città di Catania è così tanto documentato dalle opere e radicato nelle coscienze, da rendere l'istituzione ecclesiastica un'istituzione assistenziale o, meglio, «infermiera della storia». Questa considerazione concorda con una parte della storiografia in cui si è consolidata la consapevolezza di uno stretto rapporto esistente tra coscienza religiosa di un popolo e le sue manifestazioni di vita civile e politica. In particolare gli studi storiografici²⁵ hanno messo in luce come l'azione sociale dei cattolici, improntata ai principi della dottrina sociale della Chiesa, abbia avuto un riflesso sull'esperienza politica italiana tra Ottocento e Novecento, e come il movimento religioso di un popolo, di una comunità, nelle sue dimensioni spirituali e pratiche costituisca un aspetto essenziale della vita civile (e democratica nel caso italiano) di un paese²⁶. In

²⁴ Cfr. GRZEGORZ J. KACZYNSKI, *L'evoluzione degli atteggiamenti religiosi dei giovani siciliani*, in: *Synaxis*, Catania 1983, n. I, pp. 207-229; IDEM, *Religione e morale della gioventù siciliana*, in: GIOVANNI GRAVOTTA (a cura di), *Giovani e morale*, Edizioni Dehoniane, Napoli 1984, pp. 45-82.

²⁵ GIACOMO TODESCHINI, *Ricchezza francescana. Dalla povertà volontaria alla società di mercato*, Il Mulino, Bologna 2007.

²⁶ A. BIXIO, *Il concetto di comunità e l'opera di Luigi Sturzo*; I. VACCARINI, *Sturzo e Tocqueville*, in: «Sociologia», anno XXXIX, n. 3, 2005 Roma.

particolare, la specificità del caso catanese mostra un relativo disimpegno ideologico – e dunque maggiore elasticità di adesione – delle autorità religiose nei confronti dell’ambito politico e la libertà lasciata al clero di schierarsi politicamente secondo le preferenze e gli orientamenti individuali. Questo «schieramento» endogeno, che subisce un’accelerazione forzata dopo il crollo del sistema politico centrato sul ruolo di un «partito dei cattolici», quale era la Democrazia Cristiana, ha determinato un cambiamento sia nella società italiana, sia nella Chiesa nel suo insieme, ed infine nel modo di essere prete dentro la società. [Siamo di fronte ad un mutamento profondo della figura del sacerdote in Italia: non più leader di una comunità, ma persona che è consapevole di vivere in un ambiente sociale molto più differenziato e complesso]²⁷. Maggiore attenzione, invece, deve essere riservata al processo di secolarizzazione, che evidenzia la tendenza di una parte della popolazione a valorizzare la fede più in termini sociali che spirituali, chiedendo alla Chiesa, più che proporre le novità del Vangelo, di essere «infermiera della storia», come significativamente si esprime Vincenzo Cesareo nel testo *La religiosità in Italia*²⁸. Gli orientamenti religiosi degli italiani, infatti, sembrano confermare questa precedente tendenza ad apprezzare molto di più l’azione assistenziale della Chiesa, cioè l’aiuto prestato ai soggetti in stato di necessità, attribuendo maggiore significato alla funzione d’integrazione sociale svolta dall’organizzazione ecclesiale, piuttosto che alla specifica missione religiosa del suo clero. Infatti, in linea con il primato della solidarietà, che viene indicato da molti come la forma più autentica della testimonianza del messaggio evangelico, numerosi gruppi e strutture ecclesiali sono impegnati a far fronte a vecchie e nuove povertà, in parte supplendo alla carenza dell’intervento pubblico, in parte operando come comunità attiva che utilizza le risorse della società civile. Questa duplicità del «volto ideale della Chiesa» oscilla tra la funzione di servizio alla società, posizione che peraltro la popolazione nazionale sembra preferire, e la funzione profetica delle sue radici giudaiche; in pratica rimanda a due differenti strategie di valorizzazione e significazione della figura e del ruolo sacerdotale.

Ancora oggi, la realtà socio-economica della città etnea è indubbiamente caratteristica per le sue contraddizioni, per il suo continuo oscillare tra dinamismo e creatività, tra immobilismo e rassegnazione, tra innovazione e criminalità. Questo anche in una dimensione che sta a cavallo tra il settore

²⁷ FRANCO GARELLI, *Sfide per la Chiesa del nuovo millennio. Indagine sul clero in Italia*, (a cura di), Il Mulino, Bologna 2003.

²⁸ VINCENZO CESAREO (a cura di), *La religiosità in Italia*, Milano, Mondadori, 1995.

economico ed il settore della vita privata, legato ai valori culturali, agli ideali ed alle tradizioni religiose. A livello più generale, sia che si tratti di attività *profit*, sia che si tratti di *no profit*, l'orientamento più promettente è quello verso i settori dei servizi alla persona, della formazione e riqualificazione, dei servizi alla comunità – cioè il recupero di esternalità negative come riqualifica di aree degradate e recupero beni culturali –, dell'assistenza ai malati ed alle fasce deboli della società, della qualifica professionale di fasce medio-basse della società.

Di conseguenza, nell'ambito della promozione delle città²⁹, le misure di attuazione di tali finalità hanno individuato tre campi d'intervento prioritari, quali nodi strategici dello sviluppo: le infrastrutture di supporto al sistema produttivo; le istituzioni culturali ed artistiche; il sistema socio-sanitario. Nella strategia di partenariato istituzionale e di partenariato economico-sociale, la presenza d'imprenditoria sociale ad opera di strutture specializzate e fortemente organizzate, come l'Università e la Chiesa cattolica nella fattispecie della Diocesi, viene considerata un punto di forza da valutarsi positivamente nei protocolli d'intesa e collaborazione tra enti pubblici, enti privati e istituzioni statali decentrate (Regione, Provincia, Comune). Nello specifico, le potenzialità economiche delle aree depresse, in un sistema oggi fondato sulla concorrenza globale, si esprimono per gran parte nel dialogo tra istituzioni (amministrazioni decentrate), capitale privato e risorse civili³⁰.

Oggi giorno l'incidenza della matrice religiosa si ripropone nei settori tradizionali e nella presenza di organizzazioni internazionali: sono un caso emblematico i centri di recupero per tossicodipendenti, i centri di assistenza per anziani e/o per disabili, gli orfanotrofi; così come la presenza di organizzazioni e associazioni quali Co.P.E. e Caritas, che operano localmente, ma con un collegamento ed un orientamento politico-gestionale di livello nazionale³¹.

Nel periodo in cui l'indagine veniva effettuata, l'Arcidiocesi di Catania contava 154 parrocchie, di cui 63 collocate all'interno del territorio urbano³²

²⁹ Il *trend* economico generale degli ultimi anni, nella Provincia Regionale di Catania rileva una strategia di sviluppo orientata al turismo e al recupero di risorse culturali immobili ed ambientali, all'incremento dell'agroindustria e dell'*high-tech*. Cfr., *La provincia regionale in cifre. Catania* a cura del U.R.P.S., Palermo 2000.

³⁰ Attraverso la trasformazione del sistema di *welfare* in un insieme di pratiche attuative volte a ridefinire-remodellare l'intervento dello Stato e delle istituzioni preposte alla fornitura di assistenza e servizi. Cfr. FRANCO CASSANO, *Il pensiero meridiano*, Bari-Roma, Laterza, 1996.

³¹ *La Provincia di Catania*, organo ufficiale della Provincia di Catania, nuova serie, Anno XIX, n. 5, maggio 2001, stima più di 100 i volontari di Protezione Civile nella provincia.

³² Tuttavia, nel periodo dell'indagine sociologica, i sacerdoti oriundi di Catania città erano soltanto cinque.

del Comune di Catania, laddove la popolazione cittadina è stimata in 342.340 residenti sui 735.264 abitanti di tutto il territorio della diocesi – che comprende quasi tutto il territorio della Provincia di Catania³³. La difficoltà nel reperire informazioni statistiche certe ed aggiornate sulla realtà diocesana è anche dovuta all'organizzazione propria della struttura ecclesiastica. L'Ufficio Pastorale dei Problemi Sociali e del Lavoro, Giustizia, Pace e Salvaguardia del Creato, è preposto al coordinamento delle iniziative personali, affidate cioè alla personale iniziativa dei membri ecclesiastici e religiosi, ed è coadiuvato da altri uffici che, però, svolgono compiti selettivi e specifici, i quali godono di grande libertà, determinando così una conoscenza superficiale e parziale e non aggiornata delle reali attività condotte.

In tutto, sul territorio della municipalità, o nel suo immediato *hinterland*, si contano 37 uffici operativi, dove personale religioso e laico svolge le mansioni come lavoro. Le parrocchie interessate dalle attività assistenziali, messe in atto dalle unità sociali scelte, raccolgono un bacino di utenza di circa 68.000 abitanti. Si contano, tra maschili e femminili, 50 istituti di ordine religioso e 74 associazioni cattoliche con sede nel comune di Catania. Alcune di queste sono strutturate in rete, fornendo servizi e assistenza specifica ai loro associati – anche di tipo commerciale. Un esempio è la Compagnia delle Opere, associazione d'impresе di rilevanza nazionale, riconosciuta dal Ministero delle Finanze come «associazione sindacale fra imprenditori» e dal Ministero dell'Interno come ente a carattere assistenziale.

Stando ai dati forniti dall'ufficio statistico della Curia dell'Arcidiocesi di Catania, la presenza delle scuole cattoliche nel solo comune di Catania è di 18 unità, variamente dislocate sul territorio urbano e comprendenti tutti i gradi scolastici ed anche i Centri di orientamento al lavoro e i Centri di formazione professionale. Si tratta di istituti appartenenti a differenti ordini religiosi, sia maschili che femminili, tra i quali i Salesiani di Don Bosco e le Suore di Maria Ausiliatrice (stessa famiglia religiosa e stessa direzione nazionale) rappresentano sicuramente la parte più tradizionale e produttiva dell'intero quadro.

³³ Dati riferiti al 2004, Annuario Diocesano 2004: dati aggiornati al censimento Istat del 2000.

Tab. 1 Attività ed Enti della Chiesa Cattolica sul territorio comunale di Catania 2004

| Opera | Settore | N. |
|---|----------------------------------|-----------|
| Organizzazioni di secondo grado (ACLI, ANOLF, FACI et. al.) | <i>servizi; gestione servizi</i> | 6 |
| Istituti scolastici | <i>cultura; formazione</i> | 18 |
| Organizzazioni Internazionali (Caritas; CoPE; Ong) | <i>servizi alla persona</i> | 3 |
| Istituti secolari | <i>Formazione</i> | 19 |
| Consultori familiari | <i>assistenza sociale</i> | 3 |
| Associazioni di solidarietà | <i>servizi alla persona</i> | 5 |

Fonte: Diocesi di Catania Ufficio Curia Arcivescovile

La vocazione di San Matteo

La varietà di espressioni della presenza cattolica a Catania ha suggerito di concentrare l'attenzione e l'osservazione analitica della ricerca sociologica sulla specificità del territorio, non in senso categoriale e tipologico delle attività di intervento ed assistenza, ma nel senso personalistico e umano, dunque sui singoli promotori delle più importanti iniziative. Un tale criterio d'individuazione ha separato le molte organizzazioni di volontariato, che si ispirano a valori confessionali e che sono operativamente collegate alla Chiesa, come le Caritas diocesane e le scuole dirette e gestite da personale ecclesiastico. Queste ultime, infatti, non possono essere considerate a pieno titolo iniziative originali ed uniche nate dall'intervento personale di membri ecclesiastici di appartenenza diocesana, o più specificatamente catanese.

I settori d'intervento socio-assistenziale e sanitario individuano un mondo molto vasto che non è mai stato censito compiutamente, ma che comprende, è opportuno precisarlo, un caleidoscopio di figure sociali che agiscono efficacemente in vari ambiti del sistema sociale.

Tab. 2 Attività assistenziali fondate e/o dirette da preti cattolici a Catania 2004

| Tipologia di servizio alla persona | Occupati | Volontari | Servizio Civile | Anno | Ragione sociale |
|--|-----------------|------------------|------------------------|-------------|--|
| <i>Assistenza ai disabili Assistenza e degenza anziani</i> | 700 | 20 | 10 | 1963-2004 | Ente Morale |
| <i>Recupero minori a rischio e immigrati</i> | 28 | 30 | 2 | 1989 | Ente giuridico dipendente da Ente morale |
| <i>Assistenza anziani</i> | 10 | 0 | 0 | 1993 | Ente assistenziale cooperativa |
| <i>Coord. progetti formazione occupazione</i> | 4 | 0 | 2 | 1989 | Cooperativa sociale |
| <i>Assistenza disabili e anziani</i> | 6 | 8 | 0 | 1989 | Ente morale |
| <i>Recupero minori a rischio</i> | 10 | 4 | 10 | 1947 | Ente Morale |
| <i>Recupero tossicodip.</i> | 5 | 10 | 3 | 1979 | Ente morale |
| <i>Recupero minori/ coord. Progetti di sviluppo</i> | 0 | 20 | 0 | 2000 | Onlus |

Fonte: Diocesi di Catania Curia Arcivescovile

Questo quadro, confortante per i suoi intenti, viene recepito in modo contraddittorio da studiosi che con un'immagine paradossale così presentano la parte delle istituzioni assistenziali della Chiesa cattolica: essa è considerata sana in senso civico, perché improntata a validi principi cui rimane fedele, pur attraversando differenti periodi e contesti socio-economici, ed allo stesso tempo, spesso, «in punto di morte», perché ciò determina il suo odierno trovarsi in uno stato precario di quasi fallimento, che forse non giungerà mai in quanto, per i suoi stessi principi, essa si basa soprattutto sul lavoro volontario e sulla disponibilità ad accogliere provvidenziali donazioni e finanziamenti³⁴.

L'interesse per il caso in esame, da un lato risiede nella potenzialità di questi attori sociali di iniziare nuovi circuiti di produttività di beni o servizi, dall'altro nelle dinamiche di relazione che questi attori istaurano nel contesto socio-culturale e istituzionale in virtù degli intenti palesemente orientati a fini di bene collettivo e delle motivazioni ultime che rimandano al raggiungimento di mete spirituali. Dunque, ai moventi squisitamente ideali si accompagna concretamente la potenziale possibilità di accedere in modo strutturale a risorse materiali e ideologiche proprie del contesto sociale e religioso.

Gli interrogativi scaturiti dall'indagine sociologica sono dunque di tipo strutturale e di tipo culturale. Il primo tipo riguarda il possibile legame tra l'iniziale spinta creativa, economicamente produttiva, ed una ragionevole autorevolezza e giustificazione propria del chiedere ed ottenere la collaborazione fattiva da parte di differenti parti sociali. Vengono individuati in tal modo tre dimensioni dell'attore sociale che non sono direttamente riconducibili a settori contigui all'agire sociale economicamente produttivo. Esse possono essere riassunte sinteticamente così: a) l'obiettivo esplicito ed espresso dell'agire; b) il rapporto con la struttura di appartenenza; c) la scelta dei canali per l'azione e le conseguenti modalità di utilizzo delle risorse con l'ottenimento della collaborazione (finanziaria e fattiva) di altre e differenti parti sociali. Inoltre, se con il termine «imprenditorialità» si vuole indicare [la capacità di individuare situazioni di consumo non note agli altri e non servite dagli stessi, e con il termine profitto (si indica, ndr.) la ricompensa per aver individuato e servito quelle situazioni]³⁵, allora le unità sociali dell'indagine condotta possono con certezza essere considerate imprenditori – parte della

³⁴ La considerazione riprende la valutazione che José Savaria Martins dà delle scuole cattoliche in Italia in linea con il rapporto CENSIS del 1989; cfr. MALIZIA G., CICALTELLI S., DE GIORNI P., MONNI G., *A confronto con le riforme: problemi e prospettive della Scuola Cattolica in Italia. Quarto Rapporto*, (a cura di), Brescia, La Scuola, 2002, pp. 3-11.

³⁵ E. VON BÖHM-BAWERK, *Potere o legge economica?*, Rubettino, 1999, Soveria Mannelli (Catanzaro), p. 21.

struttura economica della città –, dalla cui attività produttiva e offerente un servizio si attende, a buon diritto, di ottenere un profitto.

Da un punto di vista culturale, invece, la particolarità per queste opere sociali di essere fondate e dirette da un membro ecclesiastico può rientrare, se letta nella prospettiva dei segni visibili della presenza della Chiesa sul territorio e nel tessuto sociale, nei casi d'impresе assimilabili alle espressioni di «economia civile» o di «economia solidale»³⁶. Questi esempi non sono mai mancati nella storia della Chiesa ed anzi costituiscono spesso punti di volta dello sviluppo sociale e culturale delle nazioni. Il secondo interrogativo, perciò, riguarda il mutamento culturale e riguarda più specificamente la motivazione ideale e personale che muove gli attori sociali all'azione.

Attraverso una contenuta digressione verso gli studi di sociologia della religione si riapre l'argomentazione sulle forme concrete di realizzazione ed espressione del ruolo e degli obiettivi del messaggio etico contenuto nella religione cristiana. Una parte della sociologia della religione, infatti, trova nel concetto di secolarizzazione il paradigma attraverso cui leggere il distacco dalle pratiche di culto e la diminuzione del senso religioso nella società a vantaggio del senso razionale proprio della modernità. Il superamento di questo paradigma, ormai considerato inadeguato a descrivere compiutamente i mutamenti sociali in corso nella post-modernità, si concretizza nel concetto di «economia religiosa», dove l'offerta del senso del sacro e della partecipazione alle pratiche religiose avviene con meccanismi simili al rapporto domanda/offerta di beni materiali: meccanismo tipico della dimensione economica³⁷. Se si parte dall'assunto di una modernità acquisita³⁸ – laddove un senso del vivere quotidiano moderno è capace di entrare criticamente in dialogo con il senso spirituale della vita –, la religiosità moderna coniuga e contratta, continuamente, la riconquista di spazi pubblici con la sacralità dell'azione di costante impegno dentro la società³⁹. Pertanto, se il tessuto sociale moderno ha scelto il denaro come linguaggio attraverso cui entrare in relazione ed interagire, la «struttura chiesa» sceglie, attraverso alcuni suoi elementi, di riuscire a comunicare ed interagire con la struttura stato-società, utilizzandone gli stessi mezzi, parlando lo stesso linguaggio. Questo fatto

³⁶ Cfr. Censis (a cura di), *Il raccolto della solidarietà. Chiesa, impegno nella società e sostegno economico*, Milano, FrancoAngeli, 1994.

³⁷ R. MARCHISIO, *Il tempo delle scelte: la religiosità individuale nell'economia religiosa italiana*, in: «POLIS», XII, 1 aprile 1998.

³⁸ E. PACE, *Etica ed economia nei movimenti religiosi contemporanei*, in: «Religioni e società», Firenze, University Press, Anno XVIII, maggio-agosto 2003.

³⁹ *Idem.*

può fornire una lettura inedita del panorama di risorse umano/materiali presenti in zone economicamente depresse, quali le province siciliane⁴⁰. Tale aspetto, nel suo specifico, non è stato ancora compiutamente osservato, sebbene, gli studi condotti, già a partire dagli anni Settanta, delineano, anche legislativamente, le dinamiche della formazione di piccoli gruppi intermedi che agiscono da ponte tra i singoli e lo Stato⁴¹. [Il rapporto di interazione tra pubblico e privato, tra risposta ad una inadeguatezza delle strutture sociali e l'intervento dell'iniziativa da parte di membri o organizzazioni della struttura ecclesiastica è antichissima, anche se la regolamentazione del diritto comune è alquanto recente. Poiché il diritto canonico non dirime e regola totalmente tutta la materia delle associazioni e delle istituzioni di pubblica carità, ma in caso di incompletezza o incompatibilità si fa ricorso alle norme del diritto comune]⁴². Il rapporto che si istaura tra struttura statale e struttura religiosa possiede, dunque, un carattere amministrativo.

Se l'ottimizzazione dell'assistenza passa, comunque, attraverso una organizzazione economica e *profit* dell'azione, l'attività di assistenza ai bisognosi – di qualsiasi bisogno si tratti, materiale o altro – sarà sempre presente come costante tra le competenze proprie della chiesa. Sarà un compito da cui essa non potrà mai essere dispensata, perché costitutivo del messaggio religioso e spirituale che essa promuove. Difatti, come struttura, essa oramai è parte integrante della complessità sociale, e sarà sovente chiamata ad organizzare l'assistenza come atto caritatevole, necessitando di competenze professionali e motivazioni spirituali che la giustifichino e la qualificano.

Dal punto di vista operativo tali argomentazioni portano a delineare tre caratteri tipologici peculiari e distintivi delle possibili modalità di agire attraverso cui osservare analiticamente l'operato delle unità sociali indagate (vedi grafici finali).

Passando ad osservare l'agire specifico dell'attore sociale, approfondire la conoscenza delle dinamiche di azione economica proprie di un membro di un'organizzazione religiosa, quale la Chiesa cattolica, risulta essere un compito

⁴⁰ S. CASSAR, *Catania. L'economia tra il XVII e il XX secolo*, Catania, Le Nove Muse Editrice, 2000.

⁴¹ L'indicazione temporale degli anni Settanta è molto importante: sia dal punto di vista economico-strutturale che dal punto di vista legislativo. Il cambiamento culturale in corso in quegli anni (più avanti si farà riferimento esplicito al fermento di idee suscitato dal Concilio Vaticano II) si sostanzia in una serie di aspettative e di attività creative che hanno modificato il modo di relazionarsi delle istituzioni statali con l'organizzazione ecclesiastica in senso lato (comprensiva cioè delle molte manifestazioni associative ad essa collegate, come i movimenti); cfr. M. Tedeschi, *La rilevanza civile delle associazioni ecclesiali*, in: AA.VV., *Una Facoltà nel Mediterraneo*, op. cit.

⁴² *Ibidem*.

particolarmente delicato. Concorrono alla determinazione di tali dinamiche di azione non soltanto il livello di interiorizzazione dei compiti che gli sono stati assegnati dentro l'organizzazione religiosa⁴³, ma anche le peculiarità che egli ha acquisito nel corso della sua formazione culturale e spirituale e che viene ad incidere nel modo in cui egli esercita la sua funzione e svolge i compiti del suo ruolo nel territorio in cui risiede. Storicamente, la figura del religioso rappresenta un'immagine di continuità rispetto ai mutamenti esterni ed interni alla Chiesa, sebbene tale continuità si concentri sui principi e sui valori piuttosto che sulle azioni⁴⁴.

Se ci si pone dal punto di vista del soggetto e del «senso» che questi attribuisce al suo agire, è possibile leggere tali dinamiche come la scelta di un modello di vita, o meglio, di un progetto di vita, ascetico-individuale, «dentro il mondo»; progetto che incide sullo stesso attore sociale e lo «informa» dei suoi obiettivi. Le modalità di attuazione di un modello di vita, in questo caso, vengono orientate certamente dall'istituzione religiosa, ma non si può dire che siano tutte in essa contenute. La scelta delle modalità di agire e realizzare i propri ideali, infatti, in buona parte è originata dalla particolarità, unicità e capacità⁴⁵ del singolo: ovvero dal suo personale carisma. Si comprendono così le ragioni che portano Enzo Pace a mettere in risalto le difficoltà operative inevitabili alla formulazione definitoria della «identità del prete», per la quale non si può che adottare il principio di «indeterminazione sociologica»: [con questa formula vogliamo dire che l'identità non è qualcosa di acquisito una volta per tutte: essa è una risorsa di senso in continua tensione tra le scelte individuali e l'appartenenza oggettiva ad una organizzazione religiosa]⁴⁶.

Qui bisogna fare una precisazione. Se la figura ed il ruolo sacerdotale lo si comprimono alla sola dimensione di elemento dell'organizzazione ecclesiastica cattolica, le valutazioni in merito al discorso iniziato sopra saranno circoscritte ai rapporti tra società e Chiesa cattolica. Se la figura ed il ruolo sacerdotale vengono intesi anche come identità indipendente ed inserita in

⁴³ ENZO PACE, *L'identità del prete fra carisma di funzione e primato della spiritualità*, in: FRANCO GARELLI (a cura di), *Sfide per la Chiesa del nuovo secolo. Indagine sul clero in Italia*, Bologna, Il Mulino, 2003, pp. 273-302.

⁴⁴ Cfr., PIETRO SCOPPOLA, *Coscienza religiosa e democrazia nell'Italia contemporanea*, Bologna, Il Mulino, 1966.

⁴⁵ AMARTIA SEN, *La ricchezza della ragione. Denaro, valori, identità*, Bologna, Il Mulino, 2000.

⁴⁶ ENZO PACE, *L'identità del prete*, op. cit., p. 300. Non si nega la consapevolezza di uno spartiacque significativo – anche, e soprattutto, a livello formativo e culturale della generazione di sacerdoti contemporanei – qual è l'evento del Concilio Vaticano II. Questa *spaccatura* la si ritrova anche nell'espressione di un modello ideale di sacerdote e di azione pastorale che oscilla tra la tensione continua alla cura spirituale, la presenza concreta sul territorio e, infine, la cura della comunità.

modo unico ed esclusivo nel tessuto sociale, allora le valutazioni saranno anche di carattere sistemico-relazionale⁴⁷. In questo secondo caso, vengono cioè interessati tutti quegli elementi che hanno a che fare con la scelta personale e con le capacità individuali, potenziate attraverso una serie di nodi relazionali dovuti all'appartenenza ad una determinata organizzazione⁴⁸. In realtà, l'identità del prete non è possibile determinarla e circoscriverla con esattezza, proprio perché incidono sullo stesso soggetto fattori diversi, quali il senso di appartenenza oggettiva (ad una struttura e ad un'ideologia nota) ed una serie di scelte soggettive ed originali che compongono e definiscono l'unicità dell'uomo-prete. Proprio per tale motivo, l'osservazione analitica si è concentrata sull'agire piuttosto che sull'agente.

Appare, infine, rilevante che all'interno di un ruolo sociale avulso ai processi decisionali dell'agire economico si verifichi la presenza, o meglio, la composizione di volontà di sviluppo (*prassi*), di miglioramento delle proprie condizioni e di complessi di interessi (*eidòs*), orientati in senso più civile⁴⁹ che solidaristico, realizzati con «agire imprenditoriale»⁵⁰. Senza dubbio, in questo agire l'interesse⁵¹ ricopre l'importante ruolo di guidare l'azione economica e smistare le scelte dell'agire individuale. Invero, tutte le istituzioni potrebbero essere descritte come «costellazioni di interessi e rapporti sociali»⁵², e le istituzioni a carattere religioso non fanno eccezione, come dimostrato da Weber

⁴⁷ ZIGMUNT BAUMAN, *Cultura come prassi*, Bologna, Il Mulino, 1976, p. 166.

⁴⁸ La FERRERO CAMOLETTO ne dà una spiegazione differente e fondamentalmente vincolata alla prima prospettiva, in linea con gli obiettivi dell'indagine condotta. «Da un lato, all'attribuzione alla Chiesa della funzione di farsi carico dei poveri corrisponde una valorizzazione del sacerdote attraverso l'identificazione con chi sta ai margini della società, in quella che già precedentemente abbiamo chiamato marginalizzazione volontaria: stare dalla parte dei bisognosi comporta cioè una presa di distanza (e quindi l'affermazione di una distinzione culturale) dagli standard elevati a ideale nella società contemporanea. Dall'altro lato, il riconoscimento della funzione specificamente religiosa della Chiesa richiama a una valorizzazione del sacerdote come pastore, ovvero come responsabile della cura delle anime della propria comunità, a cui è chiamato a dare nutrimento spirituale e umano.», cfr. AA. VV., *La figura del ministero presbiteriale nell'attuale situazione storica*, in: F. BROVELLI, T. CITRINI (a cura di), *La spiritualità del prete diocesano*, Atti dei seminari e convegni di studio 1979-89, Milano, Edizioni Glossa, 1989.

⁴⁹ In questo caso gli aggettivi *comunitario* e *civile* indicano la preferenza per quei valori e quelle pratiche che stimolano la partecipazione di tutti i membri dell'aggregato umano alla gestione e sviluppo dello stesso perseguendo un ideale di *bene comune* e abbassamento della tensione sociale. Cfr. FRANCO CRESPI, A. SANTAMBROGIO (a cura di), *La cultura politica nell'Italia che cambia*, Roma, Carocci, 2001.

⁵⁰ J. A. SCHUMPETER, *Capitalismo socialismo democrazia*, Milano, Edizioni di Comunità, 1955.

⁵¹ G. P. CELLA, S. GREZZI, in: ROBERT SWEDBERG (a cura di), *Sociologia economica*, Milano, EGEA, 2005.

⁵² *Idem*, pp. 294-295.

proprio nel suo lavoro sulle religioni del mondo⁵³. L'opera di Weber, in realtà, fornisce una prospettiva sociologica del concetto di interesse che prevede la sua realizzazione soltanto all'interno della società, poiché l'interesse materiale e ideale guida l'azione umana, ma è l'elemento sociale che ne determina le modalità, l'espressione e la direzione nel corso dell'azione. Proprio perché gli interessi nascono con l'individuo, che non vive se non in un contesto sociale, quest'ultimo deve prendere in considerazione anche gli interessi degli altri nel realizzare i propri, e tale scelta valutativa avviene attraverso una sintesi di valori e modelli di comportamento che è cultura. Dunque, l'analisi sociologica effettuata mostra la possibilità di esprimere, attraverso l'agire dell'attore sociale, la contezza dell'interdipendenza degli interessi tra parti sociali differenziate. Poiché il lavoro produttivo (di qualunque tipo esso sia) è «uomo in azione» ed il legame con la dimensione culturale si realizza nell'ottica weberiana della comprensione dei valori all'interno della predisposizione all'azione del singolo, delle mete perseguite, degli attori e delle strutture che il loro agire coinvolge insieme ai risultati raggiunti attraverso modalità differenti, è più corretto dire che l'accezione inglese di *care* incorpora *interest*, considerando i codici valoriali di una società limite e risorsa della scelta di azione individuale. Nella prospettiva sopra indicata, le storie di vita raccolte delineano nei loro passaggi esperienziali una forte volontà di agire produttivo inquadrato e offerto dentro la cornice dell'intervento socio-assistenziale e di promozione sociale. Riferendosi al diagramma che ha sintetizzato la tipologia imprenditoriale del clero cattolico a Catania (vedi *Grafico 1*), è possibile avanzare alcune audaci riflessioni in merito, cercando di rispondere all'interrogativo «come una persona con un ruolo preciso, agisca da imprenditore avviando e/o sostenendo attività produttive», non solo offrendo un nuovo bene o un nuovo modello di produzione, ma essenzialmente aprendo nuovi «mercati di relazioni».

Nuove forme di oikos

Al termine del rilevamento effettuato, alcune considerazioni conclusive vanno affrontate, talune nella loro ovvietà e tal altre nel loro apporto innovativo e impensato.

Viene certamente confermato che gli enti ed i loro fondatori rimangono per il contesto urbano una risorsa socio-assistenziale e di servizio difficilmente

⁵³ MAX WEBER (1917), *Sociologia della religione* (Vol.1), Edizioni di Comunità, Milano 2000; (1905) *L'etica protestante e lo spirito del capitalismo*, Sansoni, Milano 1987.

sostituibile, strutturalmente e culturalmente, sebbene in alcuni casi l'impegno del soggetto religioso sia ristretto alle personali capacità carismatiche abili a coinvolgere professionalità esterne e laiche. In effetti, bisogna riconoscere che alcuni settori specifici, come la lotta alla tossicodipendenza o l'assistenza ai disabili gravi, richiedono un certo livello di specializzazione, competenza e sensibilità non facilmente raggiungibili se assorbiti dagli impegni pastorali.

Concretamente, il particolare sincretismo di agire sociale rilevato dalla scelta imprenditoriale di alcuni religiosi catanesi ha avuto il valore di fornire un campione tipologico di attori sociali che, attraverso un processo di riduzione della complessità⁵⁴, pongono sé stessi come vettori e traduttori di scelte valutative impostate a razionalità difforni rispetto i sistemi di riferimento (*oikos* e *caritas*), costituendosi ponte tra parti del sistema sociale che trovano difficoltà ad interagire efficacemente. Attraversare – il passaggio da una forma all'altra di agire – è un atto creativo⁵⁵, così come l'agire irrazionale ed imprevedibile della volontà umana è foriero di agire creativo, decisivo per la storia. Se si volesse leggere in prospettiva weberiana l'esperienza biografica delle unità sociali considerate, si dovrebbe dire che tali soggetti abbiano avvertito la scarsità di alcune risorse fondamentali per la società. Consapevoli delle possibilità carismatiche proprie e del ruolo da essi ricoperto, hanno dunque proceduto ad estrarre ed utilizzare queste risorse grazie alla stessa struttura di cui sono membri e proiezione, caricando il loro agire di particolare senso/significato commisuratamente ai valori e agli scopi propri del loro universo culturale.

Così facendo, hanno compiuto una «traduzione» simbolica tra parti sistemiche differenziate tradizionalmente considerate non comunicanti. Essi così rendono manifesto un comportamento pubblico (quello inerente l'opera assistenziale) improntato a scelte private definite da un codice etico riconducibile ai concetti di solidarietà, responsabilità sociale e bene comune, aprendo un mercato nuovo ai servizi socio-assistenziali.

Nei casi indagati, la propensione all'imprenditorialità non è considerata una costante ma una variabile dipendente: dipende dal contesto istituzionale e culturale dove sono inseriti i soggetti/attori socio-economici. Essi mostrano come proprio sul confine di ambiti differenti, quali l'economia e la struttura religiosa, sia possibile trovare l'indicazione dell'indirizzo al mutamento sociale. Infatti, l'esperienza biografica delle unità sociali scelte porta a concludere che tali soggetti possiedono e mostrano una sensibilità ad un particolare tipo

⁵⁴ Cfr. FRANCO CRESPI, *Manuale di sociologia della cultura*, Laterza, Bari-Roma, 2003.

⁵⁵ RAFFAELE DE GIORGI in: NIKLAS LUHMANN, RAFFAELE DE GIORGI, *Teoria della società*, FrancoAngeli, Milano, 2000.

di bisogni sociali e consapevoli, infine, delle possibilità personali (carisma) e strutturali (fondi) di cui sono in grado di disporre, decidano ed agiscano conseguentemente dando vita a risposte produttive prima assenti.

L'identità della Chiesa come soggetto sociale passa, necessariamente, attraverso una sua dimensione economica, in senso generale ed in senso individuale, riferita cioè alla dimensione adattiva vissuta dai suoi singoli membri e dalla struttura come ente giuridico. Perciò, la ricerca ha messo in luce, come primo punto, quanto «il modo di pensare il mondo» dell'attore sociale parta da un'istituzione formalmente costituita per il raggiungimento di fini prestabiliti che orienta il suo agire sociale e, contemporaneamente, subisce la forzata piega delle strutture di relazioni esterne a tale istituzione. Da questo punto di vista, la Chiesa cattolica contribuisce a creare identità costantemente proiettate nella composizione di «azioni interlocutorie» tra istituzioni e parti sociali diverse ed oppostive della società per la risoluzione di problemi (indigenti ed istituzioni bancarie, disabili o infermi e impegno finanziario). In altre parole, nella tipologia indicata per sintetizzare l'osservazione analitica del fenomeno indagato (vedi grafico 1), la caratteristica sinergica della funzione produttiva viene considerata secondo tre possibili modalità di manifestazione: adattiva; espressiva; costruttiva. Queste possibili modalità combinano le differenti configurazioni degli elementi categoriali caratteristici dei diversi tipi di imprenditore ecclesiastico. Rispetto alle diverse parti del sistema, tali tipi di agire si pongono in maniera più o meno sinergica a seconda del pragmatico raggiungimento di risultati economici e sociali per tutte le parti coinvolte. In tal senso, il termine adattivo indica la totale adesione alla struttura del sistema sociale che ha funzione di supporto all'espletamento delle mansioni inerenti al proprio ruolo; il termine espressivo rimanda alla necessità per l'attore sociale di affermare e giustificare la propria volontà di affermazione identitaria e progettuale; il termine costruttivo individua la maggiore propensione al miglioramento delle condizioni materiali e non materiali per tutte le parti coinvolte nell'iniziativa produttiva. Posta in questi termini, la riduzione della complessità agita dell'imprenditore adattivo e dall'imprenditore espressivo mostra un risvolto «erosivo» sulla realtà sociale che colloca gli attori nella stessa posizione di un imprenditore meramente utilitarista, annullando qualunque afflato ideologico o religioso⁵⁶.

Facendo riferimento alla tipologia di agire sociale proposta è stato possibile leggere in senso diacronico e sincronico la documentazione costituita dalle storie di vita raccolte. Nel caso specifico, l'obiettivo di reperire mate-

⁵⁶ NIKLAS LUHMANN, *Fiducia*, Il Mulino, Bologna, 2003.

riale biografico rispondeva alla necessità di trovare elementi indicativi sulle dinamiche peculiari messe in atto da soggetti religiosi per dare centralità, fra tutte le attività specifiche del loro ruolo, proprio alle attività produttive di beni e servizi alla persona.

Innanzitutto, per quanto riguarda la dimensione economica dell'agire, che è stata sintetizzata nell'espressione «obiettivo dichiarato», il vissuto dei soggetti ha mostrato all'osservazione del rilevatore un attore sociale in grado di progettare, ottenere e gestire nel tempo rapporti economicamente orientati, tanto da formulare un'espressione indicativa delle sue potenzialità di azione quale: *carisma d'ufficio*⁵⁷. Quest'osservazione non ha nulla di particolare o innovativo, soprattutto se si pensa alla definizione di imprenditore data da Schumpeter: la novità risiede, semmai, nella peculiare appartenenza ideologico-istituzionale dell'attore sociale in questione: il prete, il religioso.

Contemporaneamente, quindi, alla componente economica risulta pregnante una componente culturale propria di un membro ecclesiastico (impegnato socialmente), per cui l'attività imprenditoriale è inscindibile dall'idea di diffusione e affermazione del messaggio religioso proprio dell'organizzazione: questo rende particolarmente complessa la formulazione di un'analisi interpretativa dell'agire. Infatti, le imprese da loro fondate e dirette hanno aperto sul territorio urbano nuovi spazi nel bacino occupazionale, promuovendo la risposta ad esigenze e disagi avvertiti e creando, quando necessario, nuove figure professionali, nuove forme di produttività in quanto qualitativamente orientate per la comunità.

Il campo delle attività economiche che presentano aspetti culturali, per definizione, si dimostra variegato e multiforme, perché sul processo incidono fasi e fattori differenziati quali il tipo di produzione, la scelta del bene/servizio, le modalità di offerta, l'ottenimento dei capitali, l'uso e la destinazione dei capitali e dei profitti, le competenze tecniche e creative, la professionalità e la produzione di *know how*. Non stupisca, dunque, se per osservare processi di produzione culturale ci si interessi di processi di produttività economica, e viceversa⁵⁸. Tale considerazione vale, a maggior ragione, quando l'attore sociale è perno di un circuito culturale e comunicativo specifico e specializzato in produzione e comunicazione di codici simbolico-valoriali e di orientamenti morali. Il comportamento pubblico quale «manifesto culturale» stimola procedere in questa direzione nella riflessione analitica sul testo delle

⁵⁷ ROBERTO MARCHISIO, «POLIS», 1998, op. cit.

⁵⁸ EMANUELA MORA, *Piccoli imprenditori, nuovi intermediari culturali nella metropoli*, in: «POLIS», anno XIV, 2, agosto 2000, pp. 235-254.

storie di vita, approfondendo il rapporto dell'imprenditore con il sistema di strutture differenziate (la Chiesa, il mercato, lo Stato, la città). Tale rapporto è stato rivelato da alcune affermazioni sintomatiche che si collocano tutte essenzialmente sulla stessa posizione: distinzione e non ingerenza prima che di collaborazione. Il desiderio di cambiamento e la volontà di miglioramento non sono rivolti al contesto strutturale in sé, ma semplicemente alle condizioni di vita, alla qualità ed al livello morale degli individui/utenti.

A tal punto, dalla lettura dei documenti biografici si è ottenuto un particolare profilo del rapporto tra amministrazione pubblica ed enti socio-assistenziali coinvolti nell'indagine, in quanto centri di produzione di servizi e di sviluppo in senso lato. Infatti, entra in gioco, come si evince dalla descrizione esperienziale degli attori sociali intervistati, una complessa serie di fattori individuali e strutturali, che influenzano la *performance* economica (e religiosa) nel breve e nel lungo periodo, istaurando rapporti di interfaccia specifici e contingenti tra parti amministrative, civili ed imprenditoriali. Gli obiettivi ultimi di entrambi i sistemi – quello religioso-assistenziale e quello burocratico-amministrativo decentrato – sono la cura d'interessi della società ed il bene comune, ma questi obiettivi vengono a volte perseguiti e raggiunti da prospettive e modalità tanto diverse far divergere i risultati oggettivi delle due istituzioni.

Perciò, la ri-definizione continua dei rapporti e del tipo di interazione, tra organizzazioni a fini differenti, mina alla base la stabilità ed il processo di sviluppo e di istituzionalizzazione delle nuove figure assistenziali. La struttura decisionale dell'erogazione del finanziamento a cui si affidano la gran parte degli enti interessati dall'indagine, ha mostrato, nel racconto delle storie di vita, una certa flessibilità, rispetto alla reale situazione economica e amministrativa dei destinatari; flessibilità che ridefinisce le decisioni amministrative (rispetto a quel dato problema) in senso politico⁵⁹. Il contesto istituzionale amministrativo, dunque, fornisce risorse nuove e contestualmente pone vincoli antichi, che condizionano l'orientamento di sviluppo economico delle diverse forme di imprenditoria⁶⁰. Infatti, la storia del procedimento di erogazione finanziaria e quindi di assistenza⁶¹ passa attraverso la storia umana individuale ed è lecito chiedersi se, da un lato, nell'unità individuale, la decisione amministrativa venga rallentata da valori e interessi individuali avulsi ai fini

⁵⁹ CARLO PENNISI, MARIA CARMELA AGODI (A CURA DI), *Il diritto delle burocrazie. Il welfare di cui non si parla*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 13 e succ.

⁶⁰ MICHELE LA ROSA (a cura di), *Introduzione alla sociologia economica*, FrancoAngeli, Milano, 2003, p. 25.

⁶¹ *Ibidem*.

dell'amministrazione stessa, e se dall'altro l'opera di assistenza sia realmente adeguata e quindi accreditata ad inserirsi strutturalmente nel nuovo sistema di *welfare* civile. La stessa produzione legislativa che sta lentamente trasformando il sistema di *welfare* in un sistema di privato sociale, trova ancora ostacoli a divenire completamente operativa sul territorio interessato dalla ricerca e questo dà la misura di quanto gli obiettivi dell'individuo (ideali e trascendenti), non convergenti con gli obiettivi dell'organizzazione, possano costituire una diversa razionalità di calcolo, incidendo sull'efficienza di gestione dell'organizzazione⁶².

Come sopra anticipato, l'attore sociale/imprenditore non tende ad un cambiamento di ciò che già esiste nel sistema ove egli opera o nel tipo di relazioni strutturali. Piuttosto egli fa ricorso a risorse quali l'autorità, la fiducia, le reti di relazioni collaudate, sistemi di valori e norme (dunque un'etica precisa) condivise e «sponsorizzabili» da tutte le parti sociali con cui entra in contatto.

I modelli d'interazione⁶³ espressi dalle esperienze raccolte evidenziano, da un lato, meccanismi di scambio organizzato di doni spirituali e materiali e, dall'altro, la centralità di una figura autorevole nella creazione di aspettative di fiducia, d'impegno civile e partecipativo, rivelando nuove dimensioni d'intervento ed incidenza della cultura solidaristica quale sistema di valori. Come ammesso dai soggetti intervistati nel caso specifico della ricerca svolta la capacità di coinvolgimento e cooperazione⁶⁴ si è dimostrata una risorsa funzione della struttura-cultura di provenienza e che si accresce con l'uso, aumentando ed affinando le potenzialità di realizzazione ed efficacia della produttività individuale e collettiva.

Per quanto riguarda il rapporto tra fondatore/direttore e comunità coadiuvante è importante tenere conto delle idee e della posizione delle gerarchie ecclesiastiche di fronte al coinvolgimento dei laici in queste attività socio-assistenziali con valenze o ricadute economiche. All'interno dei numerosi documenti conciliari, e dell'enciclica di un papa influente e autorevole quale Giovanni Paolo II⁶⁵, ricorre spesso la parola responsabilità, individuando con questo termine la consapevole assunzione di ruolo da parte di individui non

⁶² M. CROZIER, E. FRIEDBERG, *Attore sociale e sistema. Sociologia dell'azione organizzata*, ETASlibri, Milano 1978.

⁶³ PIERPAOLO DONATI, *Introduzione alla sociologia relazionale*, FrancoAngeli, Milano 1993, p. 237.

⁶⁴ SIMONA DI CIACCIO, *Il fattore "relazioni sociali". Fondamento e risorsa per lo sviluppo economico*, Città Nuova, Roma 2004.

⁶⁵ GIOVANNI PAOLO II, *Centesimus Annus*, L.D.C., Torino 1991.

strutturati all'interno della diocesi e, dunque, anello di congiunzione tra essa e la comunità. Nei suddetti documenti sono anche sommariamente indicati gli strumenti attraverso i quali formalizzare l'attività d'intervento ed inserimento dei laici. Su di un altro versante, l'ideatore ed iniziatore dell'attività assistenziale e di servizio si mostra consapevole e certo delle risorse umane e sociali che, naturalmente, la struttura gli indica e mette a sua disposizione.

Questa disponibilità, sempre presente in tutti i casi rilevati, ha dato adito a risvolti differenti. A volte ha stimolato il coinvolgimento di persone esperte e competenti nelle attività che l'attore stava avviando; altre volte ha condotto l'attore a ripiegare la propria politica di pubbliche relazioni su un uso sommaro del capitale sociale fruibile⁶⁶.

Questo ha posto l'interrogativo se la peculiarità imprenditoriale dell'attore sociale in questione sarebbe prevalsa comunque, anche senza la sua appartenenza all'organizzazione ecclesiastica⁶⁷.

Sul versante dell'attività lavorativa la professione di imprenditore assume, nei casi rilevati, delle coloriture tipologiche che sono state ordinate sinotticamente, con l'intenzione di rendere evidenti le caratteristiche di un agire imprenditoriale particolare che coniuga criteri diversi di relazione in quanto ogni tipo di lavoro avviene per gli altri, con altri e attraverso altri. Nel verificare l'utilità euristica tipi ideali dell'agire imprenditoriale costruiti, dal punto di vista metodologico i punti di contatto con la teoria weberiana dello sviluppo del capitalismo moderno si riducono a uno soltanto: la considerazione della interdipendenza tra fenomeni economici e fattori religiosi e cioè la valutazione positiva dell'uomo in quanto lavoratore ed imprenditore motivato anche da valori non economici. Infatti, il vissuto dei soggetti-agenti intervistati assume la forma di una traccia culturale e pragmatica costruita nel corso della loro formazione di religiosi, membri di una organizzazione capace di produttività ideologica e materiale e, quindi, di *oikos* e *caritas*.

Le tappe di questo percorso sono state così sintetizzate:

- la preparazione e la formazione culturale;
- la cura di rapporti personali e di collaboratori;
- l'uso della propria autorità;
- la comunicazione evidente della propria missione;
- l'impegno sociale ed economico;

⁶⁶ Cfr. M. GRANOVETTER, *La forza dei legami deboli*, Liguori, Napoli, 1998.

⁶⁷ La storia economica dovrebbe iniziare con uno studio antropologico, poiché da sempre l'azione economica essenzialmente non è altro che l'azione trasformativa dell'uomo attraverso mezzi e fini. Nelle dimensioni individuate dai mezzi e dai fini si colloca il livello ed il modello culturale propri di un aggregato umano. Cfr. LUIGI STURZO, *La Società*, op. cit. Vol. III.

- l'intenzione di non fare alcun lascito spirituale;
- la volontà di non modificare i rapporti con le istituzioni.

Riassumendo quanto detto sino ad ora, questi elementi si verificano intimamente ad un percorso personale che avviene all'interno della Chiesa, intesa quale istituzione radicata nel territorio e trasversalmente integrata con le istituzioni statali, che ha a disposizione un'ingente quantità di risorse umane, materiali e spirituali. L'indagine svolta ed il rilevamento biografico hanno raccolto e documentato l'esistenza di attori sociali, collocati su di una frontiera ideologica e strutturale, capaci di comunicare modelli culturali. Il contenuto di tale comunicazione assume i connotati dei risultati concreti del progetto produttivo intrapreso. Questo significa che l'opera, per quanto socio-assistenziale, può anche promuovere una comunicazione negativa, qualora l'impresa dovesse risultare improduttiva o fallimentare.

La considerazione conclusiva riguarda, perciò, l'individuo stesso, divenuto una risorsa del sistema, che attraverso il suo agire dimostra e assicura una sempre maggiore capacità di integrazione all'ingranaggio della crescente differenziazione delle parti funzionali della struttura sociale. La direzionalità di questo processo è, ovviamente per quanto detto sopra, di tipo culturale e porta mutamenti interni al sistema ma non di sistema. L'uomo, infatti, agisce, conosce, crea, trasforma e viene trasformato dalle sue creazioni: la cultura dell'uomo costituisce il suo ambiente spirituale, come la natura costituisce il suo ambiente fisico⁶⁸. Egli solo ha intelligenza ed anche consapevolezza; bisogni ed anche valori; emozioni e coscienza; istinto di sopravvivenza e storia⁶⁹; passione ed anche legislazione: *oikos*, *nomos* ed *eros*⁷⁰.

In prospettiva culturalista, la religione, qualunque essa sia, costituisce un fenomeno sociale produttivo – quale fonte di valori rivoluzionari e catalizzatori –, perché offre una cultura ed anche un modello di comportamento, da cui è desumibile un *axioma medium* che dà ordine al *caos*.

Tali argomentazioni suggeriscono di volgere l'attenzione ad aprire un altro importante e complesso tema sociologico che riguarda il problema dell'accreditamento di tali strutture economiche e produttive di beni e servizi. I parametri essenziali per ottenere l'accreditamento, quale valore e garanzia di efficace, efficiente e duraturo sviluppo economico, mal si conciliano con tanti dei fattori caratteristici delle relazioni formali ed informali proprie di questo

⁶⁸ Cfr. JEAN BOUDRILLARD, *Il sistema degli oggetti*, Bompiani, Milano, 2004.

⁶⁹ Cfr. CLIFFORD GEERTZ, *Mondo globale e mondi locali*, Il Mulino, Bologna, 1996, pp.11-23; dello stesso, *Interpretazioni di culture, Introduzione*, Il Mulino, Bologna, 1998.

⁷⁰ FRANCO CRESPI, *Teoria dell'agire sociale*, Il Mulino, Bologna, 1999, p. 23 e succ.

particolare modello di agire imprenditoriale. Infatti, l'indagine sociologica ha evidenziato un dinamismo che si estende nel lungo periodo, tanto da divenire una tradizione un'istituzione: una sinergia tra istituzione assistenziale ideologicamente orientata e contributo/assistenza finanziaria statale. Sinergia che si presta a effetti perversi quando alla non coincidenza degli obiettivi e dei tempi decisionali di enti collegati tra loro da rapporti giuridici non improntati agli stessi valori ed alla peculiare idealità del singolo soggetto si assommano le regole del mercato. In questo, il settore socio-assistenziale ecclesiastico ha la necessità di confrontarsi con le realtà del Terzo settore, o meglio, con il privato sociale dell'economia civile.

Anche le modalità del procedere verso un agire economico dipendono da come si concepisce la relazione, o meglio, il sistema di relazioni interpersonali e sociali a più livelli. Così, ogni volta che un singolo o una minoranza mette in atto comportamenti innovativi rende visibile un processo, un meccanismo, di risposta ad un'esigenza cui prima non ci si poteva sottrarre. La probabilità che si deve considerare è che lo stesso meccanismo, una volta assimilato, entrerà a fare parte della struttura sociale di domani. Con riferimento al fenomeno osservato, se accettiamo che il posto della religione e dei religiosi si riduca ad un ruolo marginale di «infermieri» nella società complessa e secolare di oggi, bisogna anche accettare che tale ruolo, seppure da taluni ritenuto marginale⁷¹ rappresenta una parte essenziale e strategica della stessa complessità del sistema sociale. Tale ruolo, svolto da attori sociali carismatici, diviene un privilegiato canale comunicativo verso altri settori del sistema sociale normalmente preclusi alla comunicazione religiosa, riaccendendo così l'interesse verso i beni (materiali e spirituali) che la religione ancora oggi può offrire.

La sociologia come scienza descrittiva e interpretativa dei fenomeni sociali non si pone obiettivi assiologico-normativi che invece vengono perseguiti da altre scienze sociali quali la scienza politica le discipline amministrative e giuridiche. Nondimeno la produzione scientifica sociologica, offrendo una maggiore chiarezza concettuale, concorre alla formulazione di possibili risposte ai concreti problemi dell'aggregato umano⁷².

Infatti, aspetto tutt'altro che secondario, le precedenti caratteristiche determinano due importanti qualità dell'agire umano come agire sociale, cioè: l'imputabilità dell'azione e la responsabilità che ne consegue. La sociologia pur non essendo chiamata specificamente a rispondere alla domanda «che cos'è la responsabilità» riconosce realisticamente la necessità di apertura

⁷¹ B. R. WILSON (1982), *La religione nel mondo contemporaneo*, Il Mulino, Bologna, 1996.

⁷² ARNALDO BAGNASCO, *Tracce di comunità*, Il Mulino, Bologna, 1999.

e confronto nella definizione di un tale difficile concetto, al fine di poter proficuamente interagire con le altre discipline umanistiche e sociali addette a programmazione e progettazione politico-amministrativa⁷³. Invero, come mostrato dalle successive fasi della ricerca di caso, la cultura, come oggettivazione, è il risultato di un lungo e continuo processo di costruzione sociale in cui ogni elemento della società – micro, meso, macro – contribuisce alla sua trasformazione ed al suo rinnovamento. Questo comporta che, sia a livello delle le interazioni quotidiane tra le persone, sia a livello dei modelli di comportamento che caratterizzano strutture, istituzioni ed organizzazioni (quali cause e fattori delle dinamiche sociali), il contenuto del termine “agire” quale attributo dell’operato soggettivo, assuma un senso diverso dal termine “comportamento” così come indicato da L. Gallino e, in tempi recenti, da F. Crespi. L’agire, infatti, sottolinea alcune caratteristiche distintive rispetto al comportamento quali l’intenzionalità, la scelta e la processualità che fanno dell’agire un “evento”⁷⁴. Di contro, il comportamento è tipico del soggetto quale *sublecturn*, sottoposto alle dinamiche sociali, e culturali, che lo sovra-stano⁷⁵, semplicemente perché lo precedono e gli succedono temporalmente. Se da queste caratteristiche si fanno dipendere l’imputabilità dell’azione e la responsabilità che ne consegue, come sopra accennato, si individuano due diversi tipi di responsabilità dell’attore sociale verso il sistema sociale: 1) l’una di tipo oggettivo, derivante dai comportamenti consolidati e strutturati di una società che, in quanto tale, si è organizzata in un certo modo, secondo certi modeffi ed istituzioni; 2) ed una responsabilità soggettiva, imputabile direttamente alle condotte dei singoli componenti di una data società, alle singole capacità di reattività e di effervescenza creativa rispetto ai modelli culturali conosciuti. Dunque, bisogna considerare che [(...) l’individuo umano non può non agire, non può sottrarsi al fatto che qualunque cosa esso faccia, anche l’astenersi da ogni azione, è produttivo di effetti (...). In questa prospettiva, l’agire appare allora non soltanto come qualcosa nel quale siamo, sin dall’inizio, coinvolti indipendentemente da ogni nostra scelta volontaria, né soltanto come la conseguenza del nostro *potere di*, bensì anche come *dovere di*, ovvero come esigenza di assumere responsabilmente l’agire stesso]⁷⁶. La responsabilità quale categoria delle pratiche d’integrazione e coordinamento

⁷³ ARNALDO BAGNASCO, *Tracce di comunità*, Il Mulino, Bologna, 1999.

⁷⁴ FRANCO CRESPI, *Teoria dell’agire sociale*, op. cit., passim.

⁷⁵ PIERPAOLO DONATI, *Perché SPE (sociologia per la persona)? Persona, società civile e istituzioni*, Relazione all’Assemblea SPE Istituto Luigi Sturzo, Roma 21 ottobre 2006, p. 3.

⁷⁶ FRANCO CRESPI, *Teoria dell’agire sociale*, op. cit., p. 350.

delle parti sociali, intesa in questa prospettiva, non può prediligere un criterio coercitivo come freno ai comportamenti lesivi, opportunistici o scorretti, perché il criterio di condotta del singolo ha assunto una caratteristica sociale in senso drammaturgico e tragico, come direbbe G. Simmel, perché l'attore sociale è sempre di fronte ad una platea di *alter*, che chiede di essere riconosciuta almeno tanto quanto lo desidera l'attore stesso, ed il riconoscimento non può che avvenire sul piano della coesione sociale⁷⁷ e condivisione degli interessi *alter*. La conciliazione delle istanze personali con quelle collettive secondo i canoni culturali storicamente dati è un equilibrio difficile da raggiungere: demandare il riconoscimento e la protezione degli interessi *alter* all'azione di controllo (e sanzione) esercitata da ambiti forti, come lo stato ed il mercato, rende formalmente i singoli attori concentrati solo sul proprio agire e sul moltiplicarsi delle scelte possibili in ambiti diversi, a volte inconciliabili, in un contesto sociale ad "alta contingenza"⁷⁸ tanto frammentato da risultare privo di centri di riferimento e, quindi, incline al soggettivismo e refrattario al codice etico. In conclusione, dunque, la tipologia di comportamento imprenditoriale, formulata sull'osservazione di pratiche produttive implementate da attori sociali culturalmente significativi, suggerisce una precisa pista di indagine e riflessione teorica: i possibili indirizzi di mutamento culturale osservabile attraverso l'offerta di beni (sia materiali che spirituali) prodotto e precipitato di "mondi vitali" che per un verso tendono ad assolutizzarsi ed a stabilizzarsi e per un altro verso sono invece un continuo sincretismo di interessi, di principi e valori, di istanze e di soluzioni.

⁷⁷ ARNALDO BAGNASCO, *Tracce*, op. cit.

⁷⁸ NIKLAS LUHMANN, *Teoria politica nello stato del benessere*, FrancoAngeli, Milano 1983, p. 90.

Grafico 1 - Tipologia generale dell'imprenditore ecclesiastico



Grafico 2 - Comunicazione simbolica dell'agire imprenditoriale

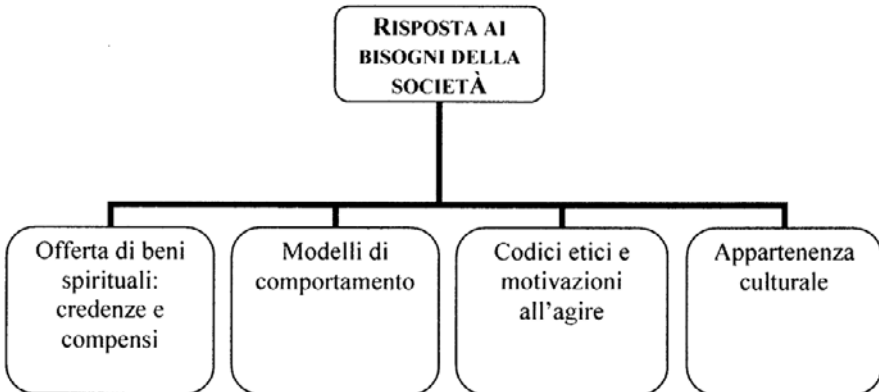


Grafico 3 - L'imprenditore ecclesiastico: tipo adattivo



Grafico 4 - *L'imprenditore ecclesiastico: tipo espressivo*

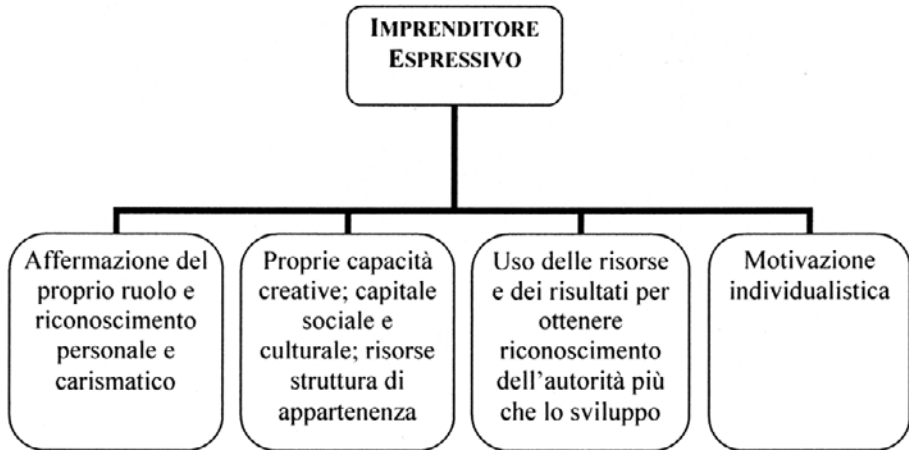
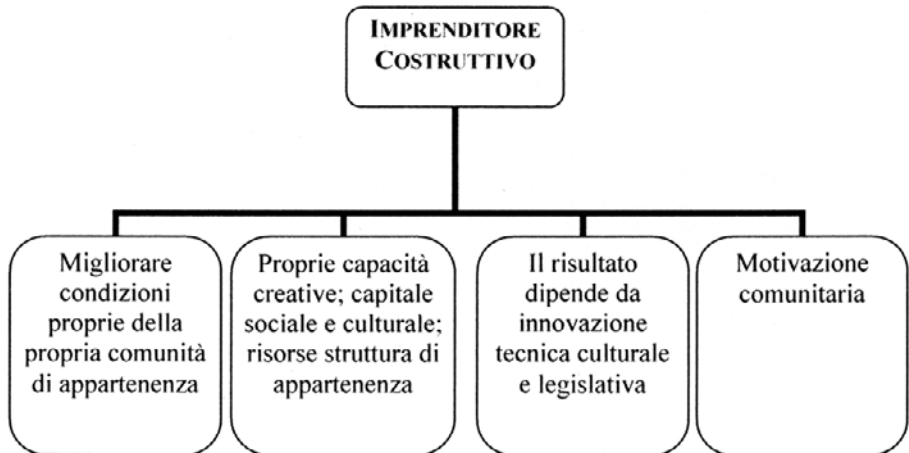


Grafico 5 - *L'imprenditore ecclesiastico: tipo espressivo*



La tortura dei cristiani

ALESSANDRA D'ANTONIO

1. Le basi giuridiche delle persecuzioni

Per spiegare le basi giuridiche delle persecuzioni contro i cristiani sono state formulate sostanzialmente tre ipotesi¹:

LA LEGGE SPECIALE: I cristiani sarebbero stati perseguitati sulla base di una legge speciale, valida per tutto il territorio dell'impero, variamente identificata con un editto, un rescritto o un senatoconsulto da far risalire all'età di Domiziano, Nerone o addirittura Tiberio.

Tale ricostruzione, in particolare, ha intravisto, sulla base dell'Apologetico di Tertulliano², in Nerone l'iniziatore delle persecuzioni³, e in un cd. *Institutum Neronianum*⁴, l'atto che avrebbe vietato ai cristiani di essere tali (*non licet*

¹ GIULIANA LANATA, *Processi contro cristiani negli atti dei martiri*, Giappichelli, Torino, 1973, p. 132; Id., *Gli atti dei martiri come documenti processuali*, Giuffrè, Milano, 1973, p. 42; PAUL KERESZTES, *Rome and the christian church*, I, in ANRW., n. II.23.1, 1979, pp. 279 ss.; GIORGIO JOSSA, *I cristiani e l'impero romano*, D'Auria, Napoli, 1991, pp. 119 ss.; PIERRE MARAVAL, *Les Persécutions durant les quatre premiers siècles du christianisme*, Desclée, Paris, 1992, pp. 23 s.

² TERTULLIANO, *Apologeticum*, 5.3: *Consulite commentarios vestros, illic reperietis primum Neronem in banc sectam cum maxime Romae orientem Caesariano gladio ferocisse*.

³ A proposito delle persecuzioni neroniane, si vedano TIMOTHY. D. BARNES, *Legislation against the Christians*, in JRS., n. 58, 1968, pp. 34 s.; MARTA SORDI, *I cristiani e l'impero romano*, Jaca Book, Milano, 1984, pp. 37 ss.; GIORGIO JOSSA, *I cristiani e l'impero romano*, cit., pp. 57 ss.; PIERRE MARAVAL, *Les Persécutions*, cit., pp. 8 ss.

⁴ TERTULLIANO, *Ad nationes*, 1.7.9: *Et tamen mansit erasis omnibus hoc solum institutum Neronianum, iustum denique ut dissimile sui auctori*; per JANUS GUGLIELMUS PHILIPPUS BORLEFFS, *Institutum Neronianum*, in *Vigiliae Christianae*, n. 6, 1952, pp. 129 ss., in versione italiana in SERAFINO PRETE, *Cristianesimo e Impero Romano. Base giuridica delle persecuzioni*, Patron, Bologna, 1974, pp. 141 ss., ritiene che dalle testimonianze tertulliane non è possibile trarre l'esistenza di una legge speciale anticristiana, nè vedervi riflesso il testo della legge stessa; GIULIANA LANATA, *Processi contro i cristiani*, cit., p. 146.1, sottolinea come la locuzione *institutum Neronianum* sia interpretata dagli studiosi più recenti come

esse vos⁵, dicevano i pagani ai primi cristiani), superando le diffuse accuse popolari di infanticidio e incesto⁶.

Tale ricostruzione è stata sostenuta da Zeiller⁷, ma è stata da molti contestata sulla base di una più corretta lettura dei passi tertulliani.

In particolare, la Lanata ha sottolineato come le disposizioni imperiali non avessero portata generale, ma fossero volte a regolare casi particolari, valessero come autorevoli *exempla*, ma non avessero valore vincolante di norma. Lo stato di incertezza che ancora regnava nel II secolo circa la posizione dei cristiani, come dimostra la famosa lettera di Plinio a Traiano, di cui ci si occuperà in seguito, impedisce di credere che, già nel I sec. esistesse una norma generale, valevole per tutti i territori dell'impero, concernente appunto i cristiani⁸.

LA COERCITIO: Le repressioni sarebbero state sostanzialmente realizzate attraverso azioni di polizia⁹, misure amministrative fondate sul potere coercitivo dei magistrati, che potevano fare un uso discrezionale del loro *imperium* per mantenere l'ordine pubblico nelle province, motivando tali interventi

«uso instaurato da Nerone» di perseguire i cristiani, non nel senso tecnico-giuridico di «provvedimento anticristiano di Nerone». Così anche LEONCE CÉZARD, *Histoire juridique des exécutions contre les chrétiens de Néron a Septime-Sévère (64 a 202)*, L'Erma di Bretschneider, Roma, 1967, p. 18, per cui sarebbe impossibile ravvisare nel famoso *institutum neronianum* un editto, ma andrebbe inteso semplicemente nel senso che Nerone diede inizio alle sevizie contro i cristiani.

⁵ TERTULLIANO, *Apologeticum*, 4.4: *Iam primum cum iure definitis dicendo: «Non licet esse vos!»*.

⁶ TERTULLIANO, *Apologeticum*, 7.1: *Dicimur sceleratissimi de sacramento infanticidii et pabulo inde et post convivium incesto, quod eversores luminum canes, lenones scilicet tenebrarum, in libidinum impiarum verecundia procurent*.

⁷ JACQUES ZEILLER, *Les persécutions contre les chrétiens aux deux premiers siècles*, in *Miscell. hist. in honorem A. De Meyer*, Bruxelles, 1946, pp. 131 ss.; Id., *Natura giuridica delle persecuzioni*, in *Storia della Chiesa*, dir. da AUGUSTIN FLICHE, VICTOR MARTIN, trad. it., S.A.I.E., Torino, 1937, p. 293, riportato in SERAFINO PRETE, *Cristianesimo e Impero Romano*, cit., p. 133; *contra*, ÉLIE GRIFFE, *Les persécutions contre les Chrétiens aux Ier et IIe siècles*, Letouzey et Ant., Paris, 1967, pp. 18 ss., riportato in SERAFINO PRETE, *Cristianesimo e Impero Romano*, cit., pp. 159 ss.; MARTA SORDI, *Il Cristianesimo e Roma*, Cappelli, Bologna, 1965, pp. 79 s., in SERAFINO PRETE, *Cristianesimo e Impero romano*, cit., pp. 178 s., per la quale gli studiosi non avrebbero tenuto conto del fatto che Tertulliano, pur non negando l'esistenza di *leges* in virtù delle quali i pagani potevano dire ai cristiani *non licet esse vos*, quando si tratta di risalire alle origini di tali disposizioni, cita un senatoconsulto tiberiano e non la presunta legge neroniana. Per Tertulliano, di conseguenza, Nerone fu l'iniziatore delle persecuzioni, il *dedicator* e non l'*auctor* della condanna, ma il fondamento giuridico delle stesse non sarebbe da intravedere in un atto dell'imperatore la cui *damnatio memoriae* avrebbe annullato, ma in una disposizione più antica, presa dal senato. Sull'atteggiamento di Tiberio nei confronti dei cristiani, si veda TIMOTHY D. BARNES, *Legislation against the Christians*, cit., pp. 32 s.

⁸ GIULIANA LANATA, *Processi contro cristiani*, cit., pp. 132 ss.; Id., *Gli atti dei martiri*, cit., pp. 42 ss.

⁹ A proposito della polizia romana e dei cristiani, si veda GEORGES LOPUSZANSKI, *La police romain et les chrétiens*, in *L'antiquité classique*, n. 20, 1951, pp. 5 ss.

con il rifiuto dei cristiani di riconoscere la religione nazionale e la *maiestas* dell'imperatore¹⁰.

Le azioni di polizia di cui parla Mommsen, si sarebbero svolte, però, senza la contestazione di particolari capi d'accusa, senza una normazione precisa, senza forme procedurali né sanzioni prestabilite¹¹.

In effetti, azioni informali di tal genere possono essere state più volte condotte nei confronti di cristiani, ma di solito venivano instaurate vere e proprie *cognitiones pro tribunali*, introdotte da formali *delationes*, soprattutto dopo il rescritto traiano di cui si dirà a breve¹², che vietò le azioni preventive di polizia e fece sì che i procedimenti contro i cristiani diventassero procedimenti giudiziari in cui il funzionario munito di *ius gladii* emanava una vera e propria sentenza.

L'ORDINAMENTO COMUNE: I cristiani sarebbero stati processati in base alle norme dell'ordinamento comune, come rei di incesto, cannibalismo, infanticidio, associazioni illecite, magia, introduzione di culti stranieri e, soprattutto, *maiestas*, in quanto si rifiutavano di venerare l'immagine dell'imperatore¹³.

In effetti, tali reati erano comunemente attribuiti ai cristiani dall'opinione pubblica, e per questo furono talvolta anche giudicati. Nel 64, in seguito all'incendio di Roma, essi furono accusati di incendio e di *odium humani generis*, non di cristianesimo.

L'unica fonte di cui disponiamo, in proposito, è un brano di Tacito¹⁴. Per

¹⁰ THEODOR MOMMSEN, *Der Religionsfrevl nach der römischen Recht*, in *Historische Zeitschrift*, n. 64, 1890, pp. 389 ss., riportato, in versione italiana, da SERAFINO PRETE, *Cristianesimo e Impero Romano*, cit., pp. 65 ss.; *contra* GEOFFREY E. M. DE STE. CROIX, *Why were the early Christians persecuted?*, in *P. & P.*, n. 26, 1963, p. 12.; GIULIANA LANATA, *Processi contro i cristiani*, cit., pp. 135 ss.; Id., *Gli atti dei martiri*, cit., pp. 44 ss.

¹¹ GIULIANA LANATA, *Processi contro i cristiani*, cit., p. 135; Id., *Gli atti dei martiri*, cit., p. 45.

¹² GIULIANA LANATA, *Processi contro i cristiani*, cit., pp. 136 s.; Id., *Gli atti dei martiri*, cit., pp. 45 s.

¹³ EDMOND LE BLANT, *Sulle basi giuridiche delle persecuzioni contro i cristiani*, in *Comptes rendus de l'Académie des Inscriptions et Belles Lettres*, n. s. 2, 1866, tr. it., in SERAFINO PRETE, *Cristianesimo e Impero Romano*, cit., pp. 45 ss.

¹⁴ TACITO, *Annales*, 15.44.3-8: *Sed non ope humana, non largitionibus principis aut deum placamentis decedebat infamia, quin iussum incendium crederetur. ergo abolendo rumori Nero subdidit reos et quaestitissimis poenis adfecit, quos per flagitia invisos vulgus Chrestianos appellabat. auctor nominis eius Christus Tiberio imperitante per procuratorem Pontium Pilatum supplicio adfectus erat; repressaque in praesens exitiabilis superstitione rursus erumpebat, non modo per Iudaeam, originem eius mali, sed per urbem etiam, quo cuncta undique atrocitas aut pudenda confluent celebranturque. igitur primum correpti qui fatebantur, deinde indicio eorum multitudo ingens baud proinde in crimine incendii quam odio humani generis convicti sunt. et pereuntibus addita ludibria, ut ferrarum tergis contacti laniatu canum interirent aut crucibus adfixi [aut flammam atque], ubi defecisset dies, in usu[m] nocturni luminis urentur. hortos suos ei spectaculo Nero obtulerat, et circense ludicrum edebat, habitu aurigae permixtus plebi vel curriculo insistentis.* A proposito della testimonianza di Tacito sull'incendio

mettere a tacere le voci che lo volevano responsabile dell'incendio, Nerone¹⁵ accusò falsamente e punì crudelmente i cristiani per incendio e odio del genere umano (per *odium humani generis* bisogna intendere il distacco dei cristiani da quell'impegno civico così caro alla tradizione romana¹⁶). I cristiani, già invisibili al popolo, furono utilizzati come capri espiatori (*piacula*, per utilizzare il linguaggio dell'epoca) sulla base della convinzione generale che fossero capaci di terribili crimini (*flagitia*), condivisa pure da Tacito, che però non li riteneva responsabili dell'incendio¹⁷.

D'altra parte, Tacito condivideva l'odio diffuso per i cristiani, ritenendo che quelli giustiziati da Nerone erano comunque colpevoli e meritevoli di pene estreme ed esemplari (*sontes et novissima exempla meriti*)¹⁸.

Vi furono, tra l'altro, casi sporadici di accuse per cannibalismo, incesto e *maiestas*, ma dal complesso dell'opera degli apologeti risulta che l'accusa fondamentale era il *nomen Christianum*, il mero essere cristiano. In quanto cristiani furono, infatti, giudicati e condannati Giustino, Cipriano e i martiri lionesi¹⁹.

di Roma, si veda BERNARDO ALBANESE, *Tacito, i cristiani e l'incendio neroniano* ('Ann'. 15, 44), in *SDHI.*, n. 48, 1982, pp. 455 ss.

¹⁵ Decisamente dell'idea che l'incendio fosse da attribuire a Nerone è Svetonio, che in *Nero*, 38, si esprime così: *Nam quasi offensus deformitate veterum aedificorum et angustis flexurisque vicorum, incendit Urbem tam palam, ut plerique consulares cubicularios eius, cum stuppa taedaque in praediis suis deprehensos non attigerit.*

¹⁶ BERNARDO ALBANESE, *Tacito, i cristiani e l'incendio*, cit., pp. 467 s.; sull'argomento, si veda anche WILHEM NESTLE, *Oodium humani generis*, in *Klio*, n. 21, 1926, p. 91. *L'odium humani generis* è stato sovente identificato con la *misanthropia*, ossia con l'abbandono dei propri doveri verso la comunità e la separazione di un soggetto dalla società stessa; così EDUARD ZELLER, *Das odium humani generis der Christen*, in *Zeitschr. Wiss. Theol.*, n. 34, 1891, pp. 356 ss., e PIERRE MARAVAL, *Les Persécutions*, cit., pp. 11 ss., che sottolinea come le accuse mosse dai pagani ai primi cristiani di odio del genere umano si fondassero anche su alcune espressioni della predicazione cristiana, riportate nelle Scritture: *Ep. di Giacomo 4.4: O gente adultera, non sapete voi che l'amicizia del mondo è inimicizia contro Dio? Chi dunque vuol essere amico del mondo si rende nemico di Dio; I ep. di Giovanni 2.15: Non amate il mondo né le cose che sono del mondo. Se uno ama il mondo, l'amor del Padre non è in lui; HARALD FUCHS, Tacitus über die Christen*, in *Vigiliae Christianae*, n. 4, 1950, pp. 82 ss.; JEAN BEAUJEU, *L'incendie de Rome en 64 et les chrétiens*, in *Latomus*, n. 19, 1960 p. 74; RUDOLF FREUDENBERGER, *Das Verhalten der römischen Behörden gegen die Christen im 2. Jahrhundert, dargestellt am Brief des Plinius an Trajan und den Reskripten Trajans und Hadrians*, in *Münchener Beitr. zur Papyrusforschung u. ant. Rechtsgesch.*, n. 52, 1967, pp. 183 s.

¹⁷ Sull'argomento, si vedano pure PAUL KERESZTES, *Rome and the christian church*, I, cit., pp. 249 ss., e VALENTINO CAPOCCI, *Christiana II*, in *SDHI.*, n. 36, 1970, pp. 37 ss.

¹⁸ TACITO, *Annales*, 15.44.5.

¹⁹ *Acta Iustini* 4.1; *Mart. Lugd.* 1.19, 20, 32; *Acta Cypriani* 1.2.

2. Le basi ideologiche dell'ostilità verso i cristiani

I cristiani suscitavano l'ostilità dei pagani per il loro rifiuto di partecipare alla vita comune, di frequentare il circo, di prendere parte agli spettacoli e ai riti sacri. Ciò li faceva considerare politicamente pericolosi e anche dediti a pratiche criminose, come il cannibalismo e l'incesto.

L'odio generalizzato, la diffidenza verso gli adepti della nuova fede spiega naturalmente anche la facilità con cui Nerone riuscì a farne dei capri espiatori per l'incendio del 64 d. C.

Man mano, però, che la conoscenza del Cristianesimo si diffuse, le accuse di cannibalismo, incesto, magia etc. vennero a cadere, ma ciò che offendeva profondamente il comune senso religioso pagano era l'ateismo dei cristiani²⁰: i cristiani, dal punto di vista della fede nazionale romana erano, infatti, degli atei, perché si rifiutavano, come d'altronde gli ebrei, di venerare altre divinità al di fuori del loro dio. Un cittadino romano, che professasse il cristianesimo era di conseguenza un apostata della religione nazionale e, come tale, soggetto alla *coercitio* magistratuale. L'autore dell'Apologetico riferisce l'accusa mossa ai cristiani di non adorare gli dei e di non offrire sacrifici per gli imperatori, che li portava ad essere accusati di sacrilegio e lesa maestà²¹.

Si riteneva che l'ateismo cristiano mettesse in pericolo la *pax deorum* e fosse foriero di eventi catastrofici per l'impero, come terremoti ed epidemie. I cristiani non solo si rifiutavano di venerare gli dei del popolo romano, ma ritenevano che nessuno dovesse farlo, e ciò, nella mentalità popolare avrebbe suscitato l'ira delle divinità e la loro vendetta:

L'autore dell'Apologetico afferma come il popolo ritenga i cristiani la causa di ogni pubblica iattura, di ogni calamità. «Se il Tevere straripa, se il Nilo non allaga le campagne, se il cielo rimane immutabile e la terra trema, se la fame e la peste dilagano, vi è un solo grido: "I cristiani al leone!"²²».

Gli ebrei anche erano, rispetto alla religione nazionale romana, degli atei, ma essi erano esentati dal sacrificare agli dei dei romani ed avevano accettato

²⁰ Sull'argomento si veda LEONCE CEZARD, *Histoire juridique des persecutions*, cit., pp. 29 ss.

²¹ TERTULLIANO, *Apologeticum*, 10.1: «*Deos inquitis, non colitis, et pro imperatoribus sacrificia non penditis*». *Sequitur, ut eadem ratione pro aliis non sacrificemus, qua nec pro nobis ipsis, semel deo non colendo. Itaque sacrilegio et maiestatis rei convenimur.*

²² TERTULLIANO, *Apologeticum*, 40.1-2: *At e contrario illis nomen factionis accomodandum est, qui in odium bonorum et proborum conspirant, qui adversus sanguinem innocentium conclamant, praetextentes sane ad odii defensionem illam quoque vanitatem, quod existiment omnis publicae caedis, omnis popularis incommodi a primordio temporum Christianos esse in causa. Si Tiberis ascendit in moenia, si Nilus non ascendit in rura, si caelum stetit, si terra movit, si fames, si lues, statim «Christianos ad leonem!» inclamant. Tantos ad unum?*

in via compromissoria di sacrificare al loro dio per la salute dell'imperatore: essi seguivano la religione dei loro padri, una religione a carattere nazionale e che non faceva del proselitismo uno dei suoi fondamenti, mentre i cristiani avevano abbandonato la religione dei loro antenati, il che, nella mentalità conservatrice romana, era inaccettabile²³.

La commistione tra politica e religione tipica della società romana portava ad uno scontro inevitabile tra Cristianesimo e *Romanitas*, postulando quest'ultima, la partecipazione a quei riti che erano manifestazione esteriore dell'antica *religio*, a prescindere da un'intima convinzione.

Ecco perché, sebbene i filosofi scettici accusassero le superstizioni pagane, come sottolineato da Tertulliano, non erano perseguiti.

Tertulliano si chiede perché, pur essendo i cristiani equiparati ai filosofi, non lo fossero anche nella liceità della loro dottrina. Nessuno, dice l'autore dell'Apologetico, costringe i filosofi a giurare, a sacrificare, o ad apporre lanterne al proprio uscio, eppure essi demoliscono apertamente gli dei dei Romani e le superstizioni pagane²⁴.

In realtà, tra cristiani e filosofi c'era una differenza fondamentale: questi ultimi, infatti, a prescindere dalle loro intime convinzioni, avrebbero partecipato a qualsiasi tipo di culto fosse stato loro richiesto, e ciò era quello che contava²⁵.

3. Il rescritto di Traiano

La diffusione dei processi contro i cristiani tra il I ed il II sec. è dimostrata da una lettera di Plinio²⁶, governatore della Bitinia nel 110 o nel 112, indirizzata all'imperatore Traiano, motivata dalla necessità di chiedere chiarimenti e direttive sulla condotta da adottare nei processi contro i cristiani, di cui si dà per scontata la diffusione²⁷.

²³ GEOFFREY E. M. DE STE. CROIX, *Why were the early Christians persecuted?*, cit., pp. 24 ss.

²⁴ TERTULLIANO, *Apologeticum*, 46.3-4: *Cur ergo quibus comparatur de disciplina, non proinde illis adaequatur de licentia et immunitate disciplinae? vel cur et illi, ut pares nostri, non urgentur ad officia, quae nos non obuentes periclitamur? Quis enim philosophum sacrificare aut deierare aut lucernas meridie vanas prostituere compellit? Quin immo et deos vestros palam destruunt et superstitiones publicas commentariis quoque accusant laudantibus vobis.*

²⁵ GEOFFREY E. M. DE STE. CROIX, *Why were the early christians persecuted?*, cit., p. 26.

²⁶ Sulla lettera di Plinio, si veda LEONCE CEZARD, *Histoire juridique des persecutions*, cit. pp. 40 ss.; GIULIANA LANATA, *Processi contro cristiani*, cit., pp. 145 ss.; Id., *Gli atti dei martiri*, cit., p. 54; PAUL KERESZTES, *The Imperial Roman Government and the Christian Church*, cit., pp. 273 ss.; PIERRE MARAVAL, *Les Persécutions*, cit., pp. 21 s.; sull'epistolario di Plinio, si veda ADRIAN NICHOLAS SHERWIN-WHITE, *The letters of Pliny: a historical and social commentary*, Clarendon, Oxford, 1985.

²⁷ PLINIO, *Epistulae*, 10.96.1-5: *Cognitionibus de Christianis interfui numquam: ideo nescio quid et quatenus*

Plinio afferma, nella lettera in questione, di non aver mai preso parte ad un processo contro i cristiani, di conseguenza ammette di non conoscere la prassi da seguire in casi simili. Si chiede se vadano fatte distinzioni in relazione all'età degli imputati o se i giovani vadano trattati allo stesso modo degli adulti, se bisogna perdonare chi si pente, se l'imputato sia punibile in quanto tale, qualora non abbia commesso dei crimini, oppure se siano punibili le infamie connesse al nome. Egli poi riferisce all'imperatore la procedura da lui seguita nei casi denunciati: Plinio chiedeva agli imputati se fossero cristiani, se rispondevano affermativamente, reiterava più volte la domanda, minacciando la pena capitale, e se non desistevano ordinava che fossero messi a morte: qualsiasi cosa essi confessassero, infatti, la loro pervicacia e ostinazione meritava di essere punita. Per i cittadini Romani aveva ordinato che fossero condotti a Roma per essere giudicati. Le accuse si moltiplicarono e gli fu presentata una denuncia anonima che conteneva parecchi nominativi: se gli accusati negavano di essere o di essere stati cristiani, invocavano gli dei, rivolgevano suppliche, con incenso e vino alla statua dell'imperatore e maledicevano Cristo, li lasciava andare, liberi da ogni accusa.

Per i casi dubbi, il governatore della Bitinia era ricorso alla tortura delle schiave che, si diceva, servivano nei loro riti, e non aveva trovato altro che una superstizione riprovevole e smoderata (*superstitio prava, immodica*)²⁸. Traiano approvò, in un rescritto inviato a Plinio²⁹, la procedura seguita da questi nei

aut puniri soleat aut quaeri. nec mediocriter haesitavi sine aliquod discrimen aetatum an quamlibet teneri nihil a robustioribus differant, detur paenitentiae venia, an ei qui omnino Christianus fuit, desisse non prosit, nomen ipsum, si flagitiis careat, an flagitia cohaerentia nomini puniantur. interim in iis qui ad me tamquam Christiani deferebantur, hunc sum secutus modum. interrogavi ipsos an essent Christiani. confitentes iterum ac tertio interrogavi supplicium minatus: perseverantes duci iussi. neque enim dubitabam, quaecumque esset quod faterentur, pertinaciam certe et inflexibilem obstinationem debere puniri. fuerunt alii similis amentiae quos, quia cives Romani erant, adnotavi in urbem remittendos. mox ipso tractatu, ut fieri solet, diffundente se crimine plures species inciderunt. proposito est libellus sine auctore multorum nomina continens. qui negabant esse se Christianos aut fuisse, cum praeceunte me deos appellarent et imagini tuae ac vino supplicarent, praeterea maledicerent Christo, quorum nihil cogi posse dicuntur, qui sunt re vera Christiani, dimittendos esse putavi.

²⁸ PLINIO, *Epistulae*, 10.96.8; a proposito del Cristianesimo come *superstitio*, si veda LAURENS FRANCISCUS JANSSEN, 'Superstitio' and the persecution of the Christians, in *Vigiliae Christianae*, n. 33, 1979, pp. 131 ss.

²⁹ PLINIO, *Epistulae*, 10.97.1-2: *Actum quem debuisti, mi Secunde, in excutiendis causis eorum, qui Christiani ad te delati fuerant, secutus es. neque enim in universum aliquid, quod quasi certam formam habeat, constitui potest. conquirendi non sunt; si deferantur et arguantur, puniendi sunt, ita tamen, ut qui negaverit se Christianum esse idque re ipsa manifestum fecerit, id est supplicando dis nostris, quamvis suspectus in praeteritum, venia ex paenitentia impetret. sine auctore vero propositi libelli in nullo crimine locum habere debent: nam et pessimi exempli nec nostril saeculi est;* sul rescritto di Traiano, si vedano ALBERT EHRHARD, *Base legale delle persecuzioni cristiane*, in *La Chiesa dei martiri*, tr. it., Istituto Geografico De Agostini, Firenze, 1947, pp. 13 ss., ora in SERAFINO PRETE, *Cristianesimo e*

processi contro i cristiani ed affermò – dopo aver chiarito che non si poteva adottare una normativa generale che dettasse una regolamentazione precisa – che questi non andavano cercati, ma qualora fossero denunciati, e ne fosse dimostrata la colpevolezza, andavano puniti. Quelli che, però, negavano di essere cristiani e lo provavano con i fatti, rivolgendo suppliche agli dei dei Romani, anche se sospettati per il passato, andavano perdonati per l'avvenuto pentimento. Non si doveva dar seguito, però, alle denunce anonime.

Le disposizioni di Traiano possono, di conseguenza, essere così riassunte:

- Non si doveva adottare contro i cristiani misure preventive di polizia;
- Per istituire *cognitiones* contro di loro occorreva una formale *delatio*, in forma non anonima;
- Il capo d'accusa era il *nomen Christianum*, il mero essere cristiano³⁰;
- Bisognava accertare la qualità di cristiano per il presente: essere stato cristiano non costituiva reato;
- Era previsto un «test d'innocenza» per l'imputato che negasse le accuse rivoltegli, consistente nel rivolgere suppliche agli dei del popolo Romano, ma non all'imperatore;
- Non era fissata una pena specifica, ma ci si rimetteva alla discrezionalità del giudice.

Tertulliano svelò, nell'Apologetico, l'incoerenza insita nel non cercare i cristiani ma nel punirli qualora denunciati³¹.

Impero Romano, cit., pp. 123 ss.; MARTA SORDI, *Il cristianesimo e Roma*, cit., pp. 131 ss., adesso in SERAFINO PRETE, *Cristianesimo e Impero Romano*, cit., pp. 183 ss.; LEONCE CEZARD, *Histoire juridique des persecutions*, cit., pp. 49 ss.; ELIAS J. BICKERMAN, *Trajan, Hadrian and the christians*, in *RFIC*, n. 96, 1968, pp. 290 ss.; JOSEPH PLESCIA, *On the persecution of the christians*, in *Latomus* n. 30, 1971, pp. 122 s.; TIMOTHY D. BARNES, *Legislation against the christians*, cit., pp. 36 s.; GIULIANA LANATA, *Processi contro cristiani*, cit., pp. 151 ss.; ID., *Gli atti dei martiri*, cit., pp. 58 ss.; MARTA SORDI, *I cristiani e l'impero Romano*, cit., pp. 63 ss.; PAUL KERESZTES, *Rome and the christian church*, I, cit., pp. 273 ss.; GIORGIO JOSSA, *I cristiani e l'impero Romano*, cit., pp. 119 ss.; PIERRE MARAVAL, *Les Persécutions*, cit., pp. 20 ss.; VINCENZO GIUFFRÉ, *La passione di san Potito*, Jovene, Napoli, 2001, pp. 4 s.

³⁰ TERTULLIANO, *Apologeticum*, 3.7-8: *Nec tamen quemquam offendit professio nominis cum institutione transmissi ab institutore. Plane, si qui probet malum auctorem et malam sectam, is probabit et nomen malum, dignum odio de reatu sectae et auctoris; ideoque ante odium nominis competeat prius de auctore sectam recognoscere vel auctore de secta. At nunc utriusque inquisitione et agnitione neglecta nomen detinetur, nomen expugnatur, et ignotam sectam, ignotum et auctorem vox sola praedamnat, quia nominatur, non quia revincuntur*; Tertulliano qui sottolinea come, prima di condannare un nome, bisognerebbe informarsi della setta attraverso l'autore o dell'autore attraverso la setta, mentre nel caso dei cristiani si prescinde da entrambe le ricerche, si denuncia il nome, si perseguita il nome e basta il vocabolo per avvolgere nella medesima condanna una setta ignota e l'autore ignoto, semplicemente perchè portano quella qualifica, non perchè siano convinti di malfare.

³¹ TERTULLIANO, *Apologeticum*, 2.8: *Tunc Traianus rescripsit, hoc genus inquirendos quidem non esse, oblatos vero puniri oportere. O sententiam necessitate confusam! Negat inquirendos ut innocentes et mandat puniendos ut noscentes.*

Traiano rispose, ci dice l'autore dell'Apologetico, che gente di tale natura non doveva essere ricercata, ma doveva essere punita qualora fosse stata deferita alle autorità. «Oh strana sentenza, fatta illogica e contraddittoria dall'esigenza politica! Vieta che siano ricercati perché innocenti e li dichiara punibili come delinquenti».

4. La politica nei confronti dei cristiani fino a Decio

Adriano adottò sostanzialmente la stessa linea di condotta prescelta da Traiano, e lo fece inviando, nel 124, un rescritto a Minucio Fundano, successore di Serennio Graniano, proconsole d'Asia, che aveva richiesto il parere dell'imperatore circa una petizione promossa dai provinciali affinché si prendessero delle misure contro i cristiani.

L'imperatore rispose che se i provinciali erano in grado di sostenere apertamente questa petizione contro i cristiani, in modo che questi potessero replicare in tribunale, dovevano ricorrere a questa procedura e non ad opinioni o acclamazioni di popolo. Adriano stabilì il ricorso alla *cognitio pro tribunali* nelle cause contro i cristiani e prevede la condanna per calunnia di chi avesse proposto contro qualcuno un'accusa di cristianesimo poi rivelatasi infondata³².

L'onere della prova imposto agli accusatori avrebbe dovuto scoraggiare le denunce temerarie.

Sulla stessa linea si posero Antonino Pio e Marco Aurelio³³. Il succedersi

³² EUSEBIO, *Historia ecclesiastica*, 4.9.1-3; a proposito del rescritto di Adriano, si vedano TIMOTHY D. BARNES, *Legislation against the christians*, cit., p. 37; ELIAS J. BICKERMAN, *Trajan, Hadrian*, cit., pp. 297 ss.; GIULIANA LANATA, *Processi contro cristiani*, cit., pp. 154 ss.; Id., *Gli atti dei martiri*, cit., pp. 60 ss.; MARTA SORDI, *I cristiani e l'impero Romano*, cit., pp. 73 ss.; LEONCE CEZARD, *Histoire juridique des persecutions*, cit., pp. 54 ss.; PAUL KERESZTES, *Rome and christian church*, I, cit., pp. 287 ss.; GIORGIO JOSSA, *I cristiani e l'impero Romano*, cit., pp. 127 ss.; PIERRE MARAVAL, *Les Persécutions*, cit., pp. 26 s.; VINCENZO GIUFFRÉ, *La passione di San Potito*, cit., p. 5, ritiene che il rescritto adrianeo probabilmente stabilì che «non si potessero processare i cristiani “solo per il nome”, ma occorresse che qualcuno li accusasse e provasse che “agivano sotto qualche aspetto contro la legge”, e lo facesse “pro tribunali”, quindi (per così dire) “audita altera parte”».

³³ Così GIULIANA LANATA, *Processi contro i cristiani*, cit., p. 157; *contra*, GIORGIO JOSSA, *I cristiani e l'impero Romano*, cit., pp. 147 ss., che intravede nella politica tradizionalista di Antonino Pio un'inversione di tendenza rispetto alla linea accomodante dei suoi predecessori. Tra l'altro sembrerebbe attribuibile proprio ad Antonino Pio una norma che vietava l'introduzione di nuove religioni, per timore che ne derivasse turbamento sociale; cfr. *Pauli sententiae*. 5.21.2: *Qui novas sectas vel ratione incognitas religiones inducunt ex quibus animi hominum moveantur, honestiores deportantur, humiliores capite puniuntur*; Antonino Pio inviò peraltro un rescritto, in risposta ad una petizione degli abitanti di Larissa, di cui non è conservato il testo, ma le cui disposizioni sono sommariamente

delle decisioni imperiali dimostra un progressivo organizzarsi del diritto imperiale rispetto al problema cristiano, tanto che Ulpiano raccolse nel settimo libro *de officio proconsulis* tutte le decisioni in materia di cui, però, non vi è traccia nei *Digesta* del cristiano Giustiniano. Lattanzio ci informa di ciò nelle sue *Divinae Institutiones*³⁴:

Tranne che nel caso di Paolo di Tarso, non vi è traccia di cristiani che avessero fatto appello al principe, qualora in possesso della cittadinanza romana: Plinio decise, comunque, di rinviare a Roma i *cives*, mentre già nel 177, il legato della Lugdunense, per compiacere le folle, fece uccidere dalle bestie Attalo, che era cittadino romano³⁵.

5. Le persecuzioni durante il regno di Decio

Verso la fine del 249, o l'inizio del 250 si assistette ad una svolta, che portò alla generalizzazione della persecuzione dei Cristiani³⁶.

Decio dispose, infatti, che tutti i cittadini dell'impero, di qualsiasi sesso o età, dimostrassero la loro fedeltà agli dèi del popolo Romano, mediante una serie di atti cultuali: offerta d'incenso, libagioni, degustazione di carni sacrificali. Su richiesta, i membri delle commissioni istituite nelle varie località per curare l'applicazione dell'editto, rilasciavano agli interessati un *libellus* dopo l'adempimento delle prescrizioni edittali.

identificate dall'apologista Melitone di Sardi, come tramanda EUSEBIO, *Historia ecclesiastica*, 4.26.10, che avrebbe vietato di prendere iniziative nei confronti dei cristiani non conformi ad una procedura regolare. Anche Marco Aurelio sarebbe stato autore di un rescritto, inviato al governatore della Gallia Lugdunense, e tramandato da EUSEBIO, *Historia ecclesiastica*, 5.1.47, nel quale si ribadiva la pena di morte per i cristiani e la libertà per gli apostati, nel solco della politica iniziata da Traiano. A proposito della politica nei confronti dei cristiani durante la dinastia degli Antonini, si vedano anche TIMOTHY D. BARNES, *Legislation against the christians*, cit., pp. 37 ss.; MARTA SORDI, *I cristiani e l'impero Romano*, cit., pp. 76 ss.

³⁴ LATTANZIO, *Divinae institutiones*, 5.11.19: *Domitius de officio proconsulis libro septimo rescripta principum nefaria collegit, ut doceret quibus poenis affici oporteret eos qui se cultores dei confiterentur*.

³⁵ *Mart. Lugd.* 1.44, 50.

³⁶ Discussa la condizione dei cristiani sotto i Severi: per MARTA SORDI, *I cristiani e l'impero Romano*, cit., pp. 87 ss., e Id., *I rapporti fra il Cristianesimo e l'impero dai Severi a Gallieno*, in ANRW., n. II.23.1, 1979, pp. 345 ss., infatti, non sarebbero attendibili le testimonianze secondo le quali ci sarebbe stata una generale persecuzione sotto Settimio Severo, coronato dall'emanazione di un provvedimento contro il proselitismo cristiano, per cui l'età dei Severi sarebbe stata caratterizzata da una tolleranza di fatto del cristianesimo; cfr., in particolare, SCRITTORE DELLA STORIA AUGUSTEA, *Vita Severi* 17.1: *Palaestinis plurima iura fundavit. Iudaeos fieri sub gravi poena vetuit. Idem de Christianis sanxit*; nega l'esistenza di un editto severiano di portata generale, anche PIERRE MARAVAL, *Les Persécutions*, cit., pp. 55 ss.; *contra* LEONCE CEZARD, *Histoire juridique des persécutions*, cit., pp. 112 ss., e GIORGIO JOSSA, *I cristiani e l'impero Romano*, cit., p. 254, che accettano la testimonianza della *Vita Severi*.

L'editto di Decio, probabilmente, non specificava le sanzioni da adottare contro i trasgressori, nè prevedeva specifiche norme anticristiane. Rimaneva comunque inalterata la discrezionalità dei governatori provinciali.

6. Le persecuzioni di Valeriano

Con l'avvento al potere di Valeriano e Gallieno furono prese nuove misure anticristiane, ancora più energiche.

Un primo editto, volto a colpire le gerarchie ecclesiastiche, fu emanato nel 257: veniva prescritta la relegazione di vescovi, preti e diaconi che rifiutassero la loro adesione alle cerimonie del culto ufficiale. La massa dei fedeli, invece, non fu chiamata in causa. Si vietava, poi, con la minaccia della pena capitale, di tenere riunioni e di accedere ai cimiteri.

La condizione ecclesiastica diventò figura delittuosa, ed esempio di ciò è il martirio di San Cipriano, che fu condannato in quanto vescovo di Cartagine nel 257, in seguito all'editto di Valeriano. Egli, tornato dall'esilio un anno più tardi e confessando nuovamente le sue funzioni ecclesiastiche, venne condannato a morte come capo di ribelli, in modo che la sua esecuzione fosse di esempio per i suoi complici³⁷.

L'anno seguente, Valeriano adottò nuove e più dure disposizioni³⁸: l'imperatore dispose, infatti, che vescovi, preti e diaconi fossero giustiziati immediatamente; senatori, *egregi viri* e cavalieri dovevano essere spogliati delle loro dignità e dei loro beni e se, nonostante ciò, continuavano ad essere cristiani, dovevano essere condannati a morte. Le matrone dovevano essere spogliate dei loro beni e mandate in esilio. Era prevista la confisca dei beni anche per tutti gli agenti dei servizi imperiali, dei quali si doveva redigere una lista, e che dovevano essere inviati, in catene, nei possedimenti imperiali.

I soggetti colpiti dalla normativa di Valeriano ci permettono di comprendere come l'imperatore fosse preoccupato del fatto che i cristiani erano ormai penetrati ovunque, negli uffici della cancelleria e dell'amministrazione finanziaria, così come in seno alle famiglie più nobili.

La morte di Valeriano segnò anche la fine della persecuzione. Gallieno, in un rescritto riportato da Eusebio, ristabiliva una tacita tolleranza del cristianesimo e riconosceva, di fatto, la proprietà ecclesiastica³⁹.

³⁷ *Acta Cypriani* 1.2: *Cyprianus episcopus dixit: «Christianus sum et episcopus»*; 3.4-6.

³⁸ CYPRIANO, *Epistulae*, 80.1.1-4.

³⁹ EUSEBIO, *Historia ecclesiastica*, 7.13.

7. La grande persecuzione di Diocleziano

Le fonti non ci sono d'aiuto nel comprendere le motivazioni profonde della persecuzione di Diocleziano sebbene, dalle testimonianze di Eusebio e Lattanzio⁴⁰, sembra possibile dedurre che il problema principale fosse rappresentato dalla disciplina militare, dato che la persecuzione cominciò proprio dai cristiani che servivano nell'esercito⁴¹.

Fra il 303 e il 304, furono emanati quattro editti. Il primo, emanato a Nicomedia il 23 marzo del 303, stabiliva che tutte le chiese cristiane fossero distrutte, che i libri sacri fossero consegnati e bruciati, e le proprietà della Chiesa confiscate. Si proibivano, inoltre, le riunioni dei cristiani e si vietava loro di intentare azioni giudiziarie, mentre nei loro confronti ogni azione era ammessa. Infine, i recidivi avrebbero perso tutti i loro privilegi, ed i liberti impiegati nel servizio civile sarebbero stati ridotti in schiavitù.

Un secondo editto, emanato in seguito ad una serie di disordini scoppiati in Siria e Armenia, ordinava l'arresto di tutto il clero cristiano.

In occasione dei suoi vicennalia, Diocleziano, con un nuovo editto del settembre o novembre 303, concesse l'amnistia ai membri del clero, purché accettassero di sacrificare.

Infine, con un quarto editto, nel 304, si ordinò a tutta la popolazione di offrire sacrifici agli dei, pena la morte.

8. La tortura dei cristiani

Con il suo rescritto, Traiano aveva adottato una politica conciliante nei confronti di chi fosse disponibile all'apostasia, ma non aveva lasciato scampo agli altri. Come si è visto, i cristiani erano perseguibili per il solo *nomen christianum*: per procedere alla punizione non occorreva altra prova, bastava la mera *confessio nominis*, senza che si rendesse necessaria alcuna *examinatio*

⁴⁰ EUSEBIO, *Historia ecclesiastica*, 8.4.2; LATTANZIO, *De mortibus persecutorum*, 10.4: *Tunc ira furens sacrificare non eos tantum qui sacris ministrabant, sed universos qui errant in palatio iussit et in eos, si detrectassent, verberibus animadverti, datisque ad praepositos litteris, etiam milites cogi ad nefanda sacrificia praecepit, ut qui non paruissent, militia solverentur*. A proposito del *De mortibus persecutorum*, di Lattanzio, si consiglia la lettura dell'ampio articolo di FRANCESCO AMARELLI, *Il 'De mortibus persecutorum' nei suoi rapporti con l'ideologia coeva*, in *SDHI.*, n. 36, 1970, pp. 207 ss.

⁴¹ A proposito del rapporto tra i cristiani e la vita militare, si vedano JOHN HELGELAND, *Christians and the roman army from Marcus aurelius to Constantine*, in *ANRW.*, n. II.23.1, 1979, pp. 724 ss., e LOUIS J. SWIFT, *War and the Christian conscience I: the early years*, in *ANRW.*, n. II.23.1, 1979, pp. 835 ss.

*criminis*⁴². Non vi è alcun intervallo tra la confessione e la punizione: il *confessus* è immediatamente *iudicatus*⁴³.

Ciò aveva determinato il ricorso ad una procedura anomala, non dovendosi indagare circa l'avvenuta commissione di un delitto ma circa la condizione attuale di un imputato, cui veniva semplicemente posta la domanda «sei cristiano?». Ciò spiega anche il diffuso ricorso alla tortura: si voleva, infatti, che gli imputati sconfessassero le loro precedenti dichiarazioni.

Tertulliano ha messo in luce, nella sua opera, la contraddittorietà di tale procedura rispetto alla consuetudine: nel brano citato in nota⁴⁴, si sottolinea come quando gli altri sono denunciati di capi d'accusa analoghi a quelli addossati ai cristiani, possono fare tranquillamente ricorso alla loro eloquenza e all'aiuto di avvocati per dimostrare la propria innocenza. Solo ai cristiani, dice Tertulliano, è impedito di parlare per smantellare l'accusa, difendere la verità ed evitare che il giudice commetta ingiustizie. Dai cristiani non si aspetta altro che la confessione del loro nome, e non l'esame del loro crimine, mentre quando si procede nei confronti di qualcun'altro, la sola confessione non basta a fondare una condanna, essendo necessario accertare tutte le circostanze di fatto, tempo e luogo. Nei confronti dei cristiani nulla di simile, eppure, dice sarcasticamente l'autore dell'Apologetico, «sarebbe altrettanto necessario strappare con la tortura la confessione di false imputazioni e sapere di quante carni di bambino l'imputato si sia nutrito, quanti incesti abbia commesso, quali e quanti cuochi e cani abbiano assistito a simili orge».

La confessione era un mezzo di prova indispensabile nelle indagini relative ai cristiani, ma era comunque considerata, in diritto romano, uno strumento fragile e imperfetto, da integrare in qualche modo. Di qui il ricorso alla tortura, complemento necessario delle confessioni spontanee. Ma proprio in ciò risiedeva il paradosso: si torturavano dei rei confessi non affinché ammettessero un crimine, ma perché negassero un nome.

⁴² PHILIPPE JOBERT, *Les preuves dans les contre les Chrétiens*, in RH., n. 54, 1976, p. 298.

⁴³ PHILIPPE JOBERT, *Les preuves dans les procès contre les Chrétiens*, cit., p. 300.

⁴⁴ TERTULLIANO, *Apologeticum*, 2.2-5: *Quodcumque dicimur, cum alii dicuntur, et proprio et mercenario ore utuntur ad innocentiae suae commendationem; respondendi, altercandi facultas patet, quando nec liceat indefensos et inauditos omnino damnari. Sed Christianis solis nihil permittitur loqui, quod causam purget, quod veritatem defendat, quod iudicem non faciat iniustum; sed illud solum exspectatur, quod odio publico necessarium est: confessio nominis, non examinatio criminis; quando si de aliquo nocente cognoscatis, non statim confesso eo nomen homicidae vel sacrilegi vel incesti vel publici hostis (ut de nostris elogiis loquar) contenti sitis ad pronuntiandum, nisi et consequentia exigatis, qualitatem facti, numerum, locum, modum, tempus, conscios, socios? De nobis nihil tale, cum aequae extorqueri oporteret quod de falso iactatur, quot quisque iam infanticidia degustasset, quot incesta contenebrasset, qui coqui, qui canes adfuissent. O quanta illius praesidis gloria, si eruisset aliquem, qui centum iam infantes comedisset!*

Tertulliano, infatti, denuncia proprio la contraddizione insita nella tortura dei cristiani: normalmente si sottopongono gli imputati che negano ai *tormenta* perché confessino il loro delitto, mentre nel caso dei cristiani, li si sottopone alla tortura perché neghino⁴⁵!

Ciò era in aperto contrasto con la consuetudine dei romani, che di regola utilizzavano la tortura nelle indagini relative a crimini, per accertare la verità, e non l'applicavano come pena ai rei confessi: solo presso i tiranni, sottolinea infatti l'autore dell'*Apologetico*, la tortura veniva utilizzata quale strumento di pena⁴⁶.

Qualora l'imputato di cristianesimo confessasse, non occorre altra prova, veniva meno il confronto diretto con l'accusatore e cadeva anche la necessità, per il reo confessore, di fare ricorso alla *mercenaria advocatio*⁴⁷.

Qualora, invece, l'imputato negasse, la *probatio* consisteva proprio nel «test» escogitato da Plinio, ossia nell'atto di venerazione nei confronti degli dei del popolo Romano.

Gli atti dei martiri ne registrano diverse varianti: giuramento per il *genium* dell'imperatore, sacrifici per la sua *salus*, atti di devozione agli dei, imprecazioni al Cristo: tali atti, comunque, non presupponevano una divinizzazione dell'imperatore, ma erano richiesti in funzione meramente probatoria.

I governatori potevano, in ogni caso, ricorrere alla tortura discrezionalmente, tant'è che numerosi martiri ne furono risparmiati. All'inizio, i *tormenta* furono utilizzati qualora dalle parole di un cristiano emergessero indizi di colpevolezza: essi servivano a trasformare una confessione parziale in confessione totale.

Ad esempio, nel 259, Mariano affermò la sua qualità di lettore all'interno della comunità cristiana. Il governatore, sospettando che volesse nascondere le sue funzioni di diacono per sfuggire alla pena prevista dall'editto di Valeriano, lo sottopose ai *tormenta*: la tortura ha qui la funzione di determinare la pena applicabile in seguito alla precisa qualificazione del reato⁴⁸.

⁴⁵ TERTULLIANO, *Apologeticum*, 2.10: *Sed nec in isto ex forma malorum iudicandorum agitis erga nos, quod ceteris negantibus tormenta adhibetis ad confitendum, solis Christianis ad negandum, cum, si malum esset, nos quidem negaremus, vos vero confiteri tormentis compelleretis.*

⁴⁶ TERTULLIANO, *Apologeticum*, 2.14-15: *Hoc imperium, cuius ministri estis, civilis, non tyrannica dominatio est. Apud tyrannos enim tormenta pro poena adhibebantur: apud vos soli questioni temperantur. Vestram illis servate legem usque ad confessionem necessariam, et iam, si confessione praeveniantur, vacabunt, sententiae ceditur.*

⁴⁷ Alla *mercenaria advocatio* non si faceva ricorso, non perché non fosse ammessa, ma perché l'accusato non contestava affatto la circostanza di essere cristiano; così VINCENZO GIUFFRÉ, *La passione di San Potito*, cit., pp. 3 s.

⁴⁸ PHILIPPE JOBERT, *Les preuves dans les contre les Chrétiens*, cit., p. 310.

Tra l'altro, il ricorso alla tortura, oltre a garantire una precisa determinazione della figura delittuosa da perseguire, poteva servire nella ricerca di eventuali complici. Ancora, i *tormenta* assumevano una nuova funzione, confermare una confessione o condurre all'apostasia.

Anche in caso di abiura, però, occorreva una conferma per mezzo della tortura, sembrando più convincente la confessione di aver commesso atti contrari ai *mores*, rispetto alla mera negazione del *nomen christianum*, dato che la prima avrebbe comunque portato all'applicazione di una pena.

Il ricorso ai *tormenta* serviva, poi, a dare valore alle confessioni dei soggetti privi della capacità giuridica, come gli schiavi.

Minucio Felice esprime appieno il paradosso della tortura dei cristiani ricordando il periodo antecedente alla sua conversione quando, in qualità di avvocato, egli si era prestatto alle stesse iniquità: «i cristiani confessano» – dice l'autore dell'*Octavius* – «e noi li torturiamo per farli negare, applichiamo la *quaestio* non per estorcere la verità, ma per costringerli ad una menzogna⁴⁹».

Numerosi casi di tortura sono riportati negli atti dei martiri, come nel caso di Blandina «che era piena di una tale forza che coloro i quali si davano il turno per torturarla in ogni modo, da mattina a sera, si ritrovarono sfiniti e furono obbligati a darsi per vinti e a riconoscere la propria sconfitta, non trovando più che altro potessero farle, e si meravigliarono che ancora le restasse respiro, con tutto il corpo brutalizzato e lacerato, e testimoniarono che una sola tortura di quel genere sarebbe stata capace di farle esalare l'anima, e pure non erano bastate tante e tali⁵⁰».

Anche a Santo, che si ostinava a rispondere ad ogni domanda «sono Cristiano», furono inflitte ogni sorta di brutalità e, infine si applicarono alle sue parti più delicate lamine di bronzo incandescenti. «Ed esse lo ustionavano, ma lui rimaneva diritto e inflessibile, saldo nella sua confessione di fede⁵¹».

Una prova dell'applicazione della tortura anche agli apostati è rappresentata dal martirio di Biblide: questa, dopo avere in un primo momento

⁴⁹ MINUCIO FELICE, *Octavius*, 28,3-4: *Nos tamen cum sacrilegos aliquos et incestos, parricidas etiam defendendos et tuendos suscipiebamus, hos nec audiendos in totum putabamus, nonnumquam etiam miserantes eorum crudelius saeviebamus, ut torqueremus confitentes ad negandum, videlicet ne perirent, exercentes in his perversam quaestionem, non quae verum erueret, sed quae mendacium cogeret. Et si qui infirmior malo pressus et victus Christianum se negasset, favebamus ei, quasi eierato nomine iam omnia facta sua illa negatione purgaret.*

⁵⁰ *Mart. Lugd.* 1.18; sul martirio di Blandina, si veda PIERRE MARAVAL, *Les Persécutions*, cit., pp. 43 s.

⁵¹ *Mart. Lugd.* 1.20-22; di ulteriori tormenti subiti da Santo vi è notizia in *Mart. Lugd.* 1.38.

abiurato, sottoposta alla tortura prese di nuovo a professarsi cristiana e fu sottoposta al martirio⁵².

Ancora, dalle torture subite da San Potito, appena dodicenne al momento del suo martirio veniamo a sapere che, per i rei di cristianesimo, i *tormenta* erano ammessi anche al di sotto dei quattordici anni. Per Giuffré⁵³, il rescritto di Antonino Pio, trasmesso attraverso D. 48.18.15. 1 (Callistr. 5 *de cogn.*): *De minore quoque quattuordecim annis in caput alterius quaestionem habendam non esse divus Pius Maecilio rescripsit, maxime cum nullis extrinsecus argumentis accusatio impleatur. nec tamen consequens esse, ut etiam sine tormentis eisdem credatur: nam aetas, inquit, quae adversus asperitatem quaestionis eos interim tueri videtur, suspectiores quoque eosdem facit ad mentiendi facilitatem*, avrebbe fatto riferimento esclusivo ai testimoni dell'accusa, non sottoponibili alla *quaestio* se minori di quattordici anni, ma non agli imputati, per cui la vicenda di San Potito non avrebbe rappresentato una rottura con la consuetudine, essendo questi un accusato e non un semplice testimone. D'altra parte, però, D. 48.18.10 pr. (Arc. Char. l. sing. de test.): *De minore quattuordecim annis quaestio habenda non est, ut et divus Pius Caecilio Iuventiano rescripsit*, non fa alcuna distinzione tra testimoni ed imputati, per cui mi sembra che, nel caso dei cristiani, venissero meno le garanzie normalmente previste contro il ricorso ai *tormenta*.

La tortura dei cristiani, mezzo di prova utilizzato in conformità con i principi del diritto romano, diventa al tempo stesso mezzo di persuasione per spingere i fedeli all'apostasia, e quindi figura abnorme, ancora una volta a metà strada tra il mezzo di accertamento della verità giudiziaria e lo strumento di coercizione.

Lucrezi, riferendosi in particolare ai *tormenta* subiti da San Potito, ma in generale a quelli praticati su tutti i cristiani, ha parlato di «tortura assertiva⁵⁴», diversa dalla tortura utilizzata in funzione penale e da quella utilizzata come mezzo di accertamento della verità giudiziale: come si è già detto, nel caso dei cristiani non vi è nulla da scoprire, l'inquisitore è già in possesso di tutti gli elementi necessari per fondare una condanna, «ma ciò nonostante egli non è soddisfatto, ed applica i *tormenta* per indurre l'imputato alla *negatio nomi-*

⁵² *Mart. Lugd.* 1.25; vi è anche una testimonianza dell'uso dell'eculeo in *Mart. Lugd.* 1.27.

⁵³ VINCENZO GIUFFRÉ, *La passione di San Potito*, cit., p. 15.

⁵⁴ FRANCESCO LUCREZI, *Postfazione*, in VINCENZO GIUFFRÉ, *La passione di San Potito*, cit., p. 74. Per lo studioso, infatti, nella passione di San Potito, così come nei processi degli altri cristiani, non sarebbe rinvenibile un utilizzo della tortura in funzione penale, giacché la *negatio nominis* avrebbe determinato l'immediata liberazione dell'inquisito, né un suo utilizzo a fini probatori, dato che i martiri non negavano affatto il loro essere cristiani, per cui non vi era nulla da provare.

nis». Nel caso dei cristiani non è la scienza del suppliziato ad essere oggetto di interesse, ma la sua coscienza. La tortura viene applicata per affermare una verità, non per conoscerla: si vuole affermare la verità dell'inquisitore, al di sopra e in conflitto con la verità espressa dall'inquisito.

Come è stato brillantemente sottolineato da Lucrezi⁵⁵, «è uno scenario, quello della tortura come lotta “due contro due” (torturato e “vero Dio” contro torturatori e “falsi dei”), che compare ... come cruda, rovente rappresentazione del drammatico e ineludibile confronto tra coscienza e potere».

⁵⁵ FRANCESCO LUCREZI, *Postfazione*, cit., pp. 78 s.

Chi è Cesare?

GUIDO FUBINI

Nella oramai pressoché quotidiana polemica sull'ingerenza della Chiesa cattolica negli affari dello Stato italiano (una polemica piuttosto antica perché risale all'epoca delle investiture) i laici ritengono di farsi forza sventolando un passo del Vangelo di Matteo (22:15) ripreso sia in Marco (12:15-17) che in Luca (20: 24-25), nel quale si riferisce la risposta di Gesù di Nazareth a chi gli chiedeva se si dovesse o no pagare il tributo a Cesare: *“Rendete a Cesare quel che è di Cesare e a Dio quel che è di Dio”*. In tale risposta, che è considerata come il primo testo di diritto ecclesiastico che si conosca, la maggior parte dei commentatori vede il riconoscimento della sovranità dello Stato e l'affermazione del principio ribadito nel primo comma dell'articolo 7 della nostra Costituzione: *“Lo Stato e la Chiesa cattolica sono ciascuno nel proprio ordine indipendenti e sovrani”*.

Tale interpretazione suscita due quesiti.

1°) Va rilevato preliminarmente che alcuni studiosi vedono nel brano evangelico citato un implicito riconoscimento della supremazia della Chiesa: *“La distinzione dei poteri appena affermata viene subito smentita in una logica unitaria costruita intorno al primato del potere spirituale.”* (Luciano ZANNOTTI, *Date a Dio anche quello che è di Cesare*, relazione al convegno di Palermo dei giorni 22-30 settembre 2007, organizzato dal Centro Culturale Segno dei Padri Redentoristi, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica [www.statoechiese.it, ottobre 2007]).

Tale interpretazione (che è in contrasto con l'insegnamento ebraico in materia di interpretazione delle leggi) sembrerebbe trovare una conferma nella lettera di Paolo ai Romani, che dice:

“Ogni persona sia sottoposta alle podestà superiori; perciocché non vi è podestà se non da Dio; e le podestà che sono son da Dio ordinate. Talché chi resiste alla podestà, resiste all'ordine di Dio; e quelli che resistono ne riceveranno giudizio sopra loro. (.....) Conciossiacché per questa cagione ancora pagate i tri-

buti; perciocché essi (i magistrati) sono ministri di Dio; (...). Rendete adunque a ciascuno il suo debito: il tributo. a chi dovete il tributo; la gabella. a chi la gabella; il timore, a chi il timore; l'onore, a chi l'onore” (13: 1-7).

L'ultima frase citata sembra in effetti richiamare il passo di Matteo dandogli l'interpretazione proposta dallo Zannotti.

L'insegnamento tradizionale ebraico non condivide l'opinione che qualsiasi autorità venga da Dio e che qualsiasi legge emanata da qualsiasi autorità debba come tale esser accettata. Le stesse Tavole della Legge, proposte al popolo da Mosè, sono vincolanti non perché venissero da Dio o perché imposte da Mosè con la forza ma perché accettate dal popolo. La Legge è infatti adottata dal popolo ebraico nel corso di un'assemblea che ha tutti i caratteri del contratto al momento in cui Mosè depone l'abito di capo politico ed assume quello del notaio. Si legge nell'Esodo: “*Mosè prende il Libro del Patto e lo legge alle orecchie del popolo. Essi dicono «Tutto ciò di cui parla l'Eterno noi lo faremo e lo ascolteremo»* (Esodo 24:7).

Si discute molto sul significato di quella successione (prima si agisce e poi si ascolta) riferita ad un popolo che ha appena ascoltato: non è questo il tema qui in discussione bensì il fatto che, a differenza di quanto avveniva abitualmente, la Legge non è stata imposta da un capo ma è stata liberamente adottata dal popolo.

Hanno risposto SÌ. Avrebbero potuto rispondere NO.

Lo stesso principio vale per qualsiasi legge. Una delle condizioni perché una legge sia vincolante è che essa emani da un'autorità legittima. Non ogni autorità è legittima, ma solo quella che sia eletta, o quanto meno riconosciuta, o quanto meno liberamente accettata dal popolo. Il riconoscimento può avvenire esplicitamente attraverso l'elezione o attraverso una dichiarazione formale, o implicitamente attraverso l'*accettazione della moneta di quel principe*.

Scrivono Maimonide: “*Tutto ciò è stato detto per ogni caso in cui la legge dello Stato è Legge, il che avviene quando la sua moneta ha corso in quelle terre, ossia quando i cittadini hanno convenuto che egli sia il loro signore ed essi i suoi sudditi e gli hanno dato il voto. Ma se la sua moneta non è riconosciuta, egli è un rapinatore o un esecutore di violenze. Come nelle compagnie dei banditi le loro leggi non sono leggi, così questo re e tutti i suoi servi sono ladroni ad ogni effetto*”¹.

Un'eco di questo insegnamento si ritrova nella risposta data da Gesù alla domanda se si debba pagare il tributo a Cesare.

¹ Maimonide, *Mishné Torà*, Venezia 1661, “*Norme sulla rapina e gli oggetti perduti*”, Capit. 5, cit. in COLORNI, *Legge ebraica e leggi locali*, Milano 1945 p. 254. Mi si consenta pure di rinviare al mio testo “*Ebraismo italiano e problemi di libertà religiosa*” in AA.VV. *Teoria e prassi delle libertà di religione*, Bologna 1975 p. 717 e segg.

“Gesù, capita la loro malizia, disse: «Perché mi tentate, o ipocriti? Mostratemi la moneta del tributo». Avendogli essi presentato un denaro, chiese loro: «Di chi è questa immagine e la iscrizione?». Gli risposero: «Di Cesare». Gesù replicò: «Rendete dunque a Cesare quel che è di Cesare» e a Dio quel che è di Dio: è una risposta che può tradursi *Avete accettato la sua moneta e allora l'avete riconosciuto*. Ed è perfettamente coerente con l'insegnamento dei Farisei della Scuola di Gerusalemme. Essa smentisce l'interpretazione dello Zannotti.

2°) La lettura del testo, inquadrata nel contesto, permette di sollevare un ulteriore dubbio .

Nelle righe che precedono quelle citate, si legge in Matteo:

“Ritirati i farisei, tennero consiglio per cogliere in fallo Gesù, e mandarono i propri discepoli con alcuni erodiani a dirgli: «Maestro, sappiamo che sei veritiero e insegna la via di Dio conforme a verità e non guardi in faccia a nessuno né badi alle apparenze degli uomini; dicci dunque ciò che ti pare: è lecito o no pagare il tributo a Cesare?»”.

Questi “erodiani” si ritrovano nel vangelo di Matteo e in quello di Marco, non in quello di Luca. Ma dal Vangelo di Luca apprendiamo che fra Erode e Pilato non correvano buoni rapporti. Si legge in Luca (23: 23): “*Erode e Pilato, che fino a quel momento erano stati nemici fra loro, da quello stesso giorno divennero amici*”.

Di quale Erode si tratta? Di personaggi con questo nome ce ne sono molti: c'è un Erode figlio di Antipatro deceduto nell'anno 4 av.C.; c'è un secondo Erode figlio del precedente che ha sposato Erodiade ed è padre di Salomé; c'è un terzo Erode pure figlio del precedente; c'è un quarto Erode figlio di Aristobulo e Berenice, re di Calcide, e nonno del quinto Erode .

Presumibilmente si tratta del quarto Erode, deceduto nel 48 d.Cr.

Si può pensare che l'inimicizia derivasse dal fatto che Erode, per quanto protetto da Antonio e poi da Augusto, era, tutto sommato, un sovrano locale mentre Pilato era il rappresentante di Roma, potenza occupante, oggi si direbbe il “*Gauleiter*”².

A questo punto la domanda rivolta a Gesù sembra poter avere un significato politico: *Dobbiamo pagare il tributo all'occupante romano?*

E la risposta di Gesù equivale a dire: *Si, se l'avete riconosciuto*. Mentre la domanda aveva a tutta evidenza fini politici (anche per la presenza degli

² Cfr. GIOVANNI VITUCCI, *La vita di Giuseppe*, Introduzione a FLAVIO GIUSEPPE, *La guerra giudaica*, Volume I, Fondazione Roberto Valla, Arnoldo Mondadori Editore, 1974, pag. XII.

“erodiani”) la risposta si sposta sul piano morale: avete l’obbligo di farlo perché vi siete impegnati a farlo.

Se questa è l’interpretazione corretta la risposta di Gesù vale indubbiamente a risolvere il quesito del comportamento individuale da tenere di fronte ad un occupante straniero, ma non vale a risolvere il tema del conflitto fra Stato e Chiesa. Il passo citato del Vangelo appare del tutto fuori tema.

*Spunti critici attorno ai temi del «relativismo etico»
in democrazia, del dialogo, e dei principi
«non negoziabili» dalla Chiesa*

FABIO VECCHI

*1. Introduzione: modalità chiuse e aperte al dialogo e necessaria riconduzione
del rapporto Chiesa-Stato in prospettiva non dogmatica*

In un recente scritto sul tema del dialogo Stato-Chiesa cattolica, Cesare Pinelli mette a confronto i dati di un ipotetico dibattito aperto tra Francesco Rimoli e Aldo Travi: sostenitore, l'uno, della opportunità di accordi strettamente operativi dettati esclusivamente dalla necessità di promuovere condizioni di coesistenza e dalla presa d'atto di un insanabile fallimento del dialogo tra laici e cattolici; assertore, l'altro, di una logica comunicativa impegnata ed articolata su un duplice livello dialettico – il «doppio circuito discorsivo» – coinvolgente i gruppi informali e le istituzioni¹.

Nello sfondo, la denuncia del magistero petrino di un imperante e diffuso «relativismo etico» e la «questione del sacro» come categoria che impegna in profondità i temi della libertà religiosa ed i diritti soggettivi, alla ricerca di modalità dialogiche che assicurino il recupero di un confronto sereno tra due sensibilità oggi ad alto rischio di incomprensione.

Se la linea guida del «reciproco apprendimento dei problemi di convivenza» su cui Pinelli sviluppa le sue riflessioni appare ampiamente condivisibile, alcune riserve suscitano, al contrario, i rilievi espressi attorno al «relativismo etico», in almeno due differenti aspetti: 1) la sottovalutazione delle ragioni di fondo su cui si impianta il giudizio del magistero pontificio circa «l'indifferenza» del legislatore e del singolo (il che induce valutazioni di carattere etico, non ultima l'accelerazione e l'imponenza con la quale i temi etici si sono travasati dalle scienze umane a quelle «esatte»); 2) la pregiudiziale diretta

¹ CESARE PINELLI, *Principio di laicità, libertà religiosa, accezioni di relativismo*, in *Diritto Pubblico*, (2006), n. 3, Il Mulino, Bologna, pp. 821-845.

responsabilità della democrazia di tale deriva «relativista» (il che implica risposte di ordine storico-politico)².

Su questo secondo punto si vorrà qui sostare, non prima di avere esposto una serie di osservazioni preliminari che, nell'economia di un breve scritto, sono destinate a restare richiamati circoscritti. Tra esse, un ruolo non secondario sembra potersi ascrivere al fenomeno descritto da Häberle circa una pervasiva «...economizzazione ...di tutte le condizioni di vita, il quasi illimitato predominio di mercato, e un nuovo tipo di pensiero neo-materialista che lo accompagna, con il quale si confronta il fondamentale principio organizzatorio dello Stato costituzionale», ossia la democrazia, con tutte le sue attuali varianti³.

Per il resto, i rilievi su una corretta impostazione del rapporto dialettico tra pensiero laico e cattolico sembrano potersi sintetizzare in questi termini:

1) la «libertà religiosa», come assunto di ordine legale, nasce nella fucina dell'astrattismo giuridico dello Stato moderno e non ha in sé connotazioni di stampo ideologico. Ne segue che la libertà religiosa individuale è dogma statutale – in quanto organismo portatore di interessi etici⁴ – analogamente alla protezione giuridica maturata autonomamente da tale ordinamento. Ne segue, ancora, che la critica alle istituzioni di «relativismo etico» insiste su un quadro di diritti incidenti entro l'ordine dello Stato, in esso esaurendosi, senza impegnare sul piano dogmatico le posizioni della Chiesa e senza incidere sul rispetto di valori gerarchici per la cui osservanza la condizione di «cittadino» debba cedere a quella di «fedele», in tema di diritti «confessionali»⁵;

² L'accezione di relativismo è oggi più che mai un indice dell'imperante confusione e genericità che incombe anche sulle categorie descrittive degli istituti e della società: basti pensare alle variabili modalità di intendere l'attributo di laicità. Cfr. SALVATORE AMATO, *Laicità e relativismo*, in *Lessico della laicità*, ed. Studium, Roma, 2007, pp. 215 ss.

³ Si introduce qui una accezione di «relativismo democratico» legata ai processi di sviluppo economico. Cfr. PETER HÄBERLE, *Per una dottrina della Costituzione come scienza della cultura*, Carocci, Roma, 2001.

⁴ ALESSANDRO LEVI, *Teoria generale del diritto*, Cedam, Padova, 1967, p. 60.

⁵ GAETANO CATALANO, *Sovranità dello Stato e autonomia della Chiesa nella costituzione repubblicana*, Giuffrè, Milano, 1968, pp. 8 ss. Quanto all'autonomia di piano prospettico su cui riposano i due ordinamenti in oggetto, basti questo passaggio: «Quando, come oggi suole accadere con frequenza e convinzioni sempre maggiori, per dare ai “*subditi canonum*” tutto ciò che negli ordinamenti democratici hanno i “*subditi legum*” si auspica per l'ordinamento della Chiesa una carta dei diritti, la separazione dei poteri e delle funzioni, il principio di legalità e di certezza del diritto, di riserva della legge penale, un contenzioso amministrativo esemplato su quello degli ordinamenti statali, l'adozione di principi, istituti, schemi mentali, strumenti teorici propri di questi ordinamenti, non escluse le loro strutture democratiche, ebbene, allora, o io mi inganno, o si vorrebbero imprimere nell'ordinamento canonico una fisionomia che le sue sorgenti e la sua storia, la sua natura e il suo spirito non gli consentono di assumere», PIO FEDELE, *Persona e ordinamento nel diritto costituzionale*.

2) il rapporto dialettico Stato-Chiesa non solo gioca un momento essenziale ed ineliminabile nella logica istituzionale – a maggior ragione se di tipo democratico e pluralista – ma suggerisce nell’ascolto delle ragioni dell’altro, un vantaggio ancor più proficuo se tale prassi sia depurata da quei dogmatismi di ordine politico che nello Stato sono la «virtuale onnipotenza» della sovranità popolare e della volontà della legge⁶;

3) quanto alla Chiesa, questa ha abbandonato da tempo il postulato di «*societas perfecta, maxima et suprema*» ed ha adottato nel quadro di una logica interlocutoria gli schemi giuridici formali della logica dualista di origine cattolica, aprendosi ad uno spirito conciliativo tutt’altro che rigido ed impermeabile;

4) la volontà dell’ascolto e dell’apprendimento di prospettive diverse dalla propria, in quanto prassi costruttiva, se per un verso richiede rinunce, per altro verso impone la non compromissione dei principi che orientano l’ordinamento giuridico;

5) il confronto dialettico inclusivo richiede la comprensione delle trasformazioni avvenute «*medio tempore*» degli assetti normativi e la valutazione dell’ampiezza delle conseguenze; richiede, in altri termini, la consapevolezza del peso che il discostamento da un’etica originaria può comportare in nuovi, successivi accomodamenti reciproci tenuto conto che, a fronte di una coerenza della Chiesa verso i propri principi ispiratori e ad una trasformazione profonda dell’etica laica, solo dalla prima si attendono, pregiudizialmente, i maggiori sforzi trasformativi;

6) in ulteriore prospettiva, i principi «non negoziabili» dalla Chiesa pongono il legislatore di fronte a scelte senza compromessi o zone d’ombra: il dialogo, quando gli interlocutori intendano condurlo a risultato, cede sempre all’atto di decisione politica che si rivela di necessità – anche quando qualitativamente legittimato dai numeri elettorali – un esercizio unilaterale della forza, giacché il suo effetto è l’affermazione di un principio che subordina una sensibilità etica antagonista.

È persino superfluo aggiungere, in ultimo, quanto la volontà di individuare percorsi dialettici costruttivi Stato-Chiesa, si traduca in improbabili sperimentazioni, se non si accetti il dato di fatto che all’impossibilità per la Chiesa di «relativizzare» l’impianto di diritto naturale, corrisponde nello

Il Congresso Internazionale di Diritto Canonico, Giuffrè, Milano, 1983, pp.270 ss. Quanto agli effetti di tali dinamiche sulla persona in rapporto al potere in termini di secolarizzazione, vedasi PAOLO PRODI, *Il sacramento del potere. Il giuramento politico nella storia costituzionale dell’Occidente*, Il Mulino, Bologna, 1992.

⁶ GAETANO CATALANO, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 1983, pp. 14 e 21-22.

Stato una non minore rigidità a «relativizzare» il dogma laico, proprio degli «ordinamenti chiusi», del primato volontaristico del diritto e della certezza della norma posta⁷.

Una siffatta revisione varrebbe a non perdere di vista la circostanza che nella inconciliabilità tra diritto positivo e naturale, riposano soprattutto «due modi distinti di affrontare i problemi posti dalla teoria e dalla prassi del diritto»⁸, ma anche a conferire maggiore concretezza al procedimento interlocutorio che intenda essere realmente democratico, sensibile tutore e garante delle ragioni altrui.

2. Condizioni premesse alla realizzabilità del dialogo: il recupero della dimensione deontologica del concetto giuridico di «persona» e di «libertà religiosa»

Le espressioni di libertà religiosa, laicità, diritti umani, così come acquisite nelle leggi nazionali e nei trattati internazionali multilaterali, dei quali la Carta di Nizza (2000) segna la più recente conquista, non possono progredire se non attraverso un'incidenza nel e attraverso un accoglimento realmente aperto, non ideologico, dell'idea di «libertà religiosa» e di «persona» nel dialogo interistituzionale⁹.

La sollecitazione ad approfondire la dimensione ontologica dei termini di personalità e persona, così come evidenziati da Rimoli¹⁰ e che coglie talune sensibilità del recente pensiero cattolico sul tema del rapporto Chiesa-Stato, si pone oggi con rinnovata cura.

Maritain, in anni nei quali questioni morali oggi all'ordine della cronaca (bioetica, tutela della vita in tutte le sue forme e modalità, sostanzialità della famiglia naturale e dei legami interfamiliari) individuava nella razionalità la necessaria base di una dialettica democratica – pena l'autodistruzione del sistema – ed indicava nella legge naturale¹¹ il limite di demarcazione del dialogo

⁷ GAETANO LO CASTRO, *Interpretazione e diritto naturale*, in *Il mistero del diritto. I. Del diritto e della sua conoscenza*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 183 ss.

⁸ ALESSANDRO PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati*, II ed., Giuffrè, Milano, 1998, pp.66.

⁹ FRANCESCO FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, ed. compatta, II, (aggiornata da A.Bettetini e G.Lo Castro), Zanichelli, Bologna, 2007, p. 84 ss.

¹⁰ Cfr. CESARE PINELLI, op. cit., p. 825, nota 13.

¹¹ Si tratta del legame tra il potere (democratico) e la responsabilità: la legge naturale è lo strumento che permette l'esercizio di responsabilità sull'attività di potere politico, in quanto diritto che tutti devono rispettare e tramite il quale tutti, compresa la classe politica egemone, possono essere giudicati, e dal quale promanano: «...il diritto dell'uomo all'esistenza, alla libertà personale e al

impegnato, più proclive a modalità di ascolto e di confronto¹².

Il dialogo Stato-Chiesa richiede oggi un ripensamento deontologico che accede all'idea ontologica di «persona» e di «libertà religiosa». Il termine «persona» non è in opposizione agli enunciati dello Stato democratico la cui forma – l'esperienza storica avverte – mostra ineguagliate propensioni garantiste. In ciò, le aspettative maturate dalla fede e dal diritto – l'orientamento della persona munita di sovranità giuridica all'attuazione del «bene comune» – possono manifestare sostanziali sovrapposizioni. Se questione è data, essa attiene alle modalità di comprensione della natura dell'uomo che sottende il concetto giuridico di «persona» ed alle sue aspettative in quanto soggetto di diritti¹³.

Può soccorrere la suggestiva visione dell'uomo come «luogo della rivelazione dell'essere»¹⁴, secondo l'ontologia di radice tomista che propone interessanti sviluppi in prospettiva deontologico-giuridica, là dove i comportamenti umani suggeriscono al giurista l'opportunità di fissare regole e ingiungere comandi volti ad organizzare eticamente la libertà dell'agire¹⁵. Le recenti affermazioni della Chiesa sulla democrazia non riguardano, dunque, la scelta della forma democratica come modello istituzionale, né la percezione democratica della libertà individuale: momenti dei quali, semmai, si riconosce reiteratamente la funzione di garanzia fondamentale, ed ideale, della condizione di «sovranità del singolo»; le apprensioni del magistero più recente si indirizzano, invero, verso le variabili interpretative con le quali il giurista statale tende ad affrontare l'argomento «persona» e le sue implicazioni legate ai «fini» (il problema delle ragioni del cd. «bene comune», ossia la «*salus publica*» d'accezione statualista) e alla sovranità-libertà soggettive nel quadro dell'organizzazione giuridica.

Il tema del dialogo non può prescindere dalla portata del problema preliminare che ha indole sistematica – la natura dell'oggetto in questione – giacché non v'è disciplina speculativa nella quale l'attributo di relatività sia più intenso

conseguimento della perfezione della vita morale». JACQUES MARITAIN, *Umanesimo integrale*, 3° ed., Borla ed., Torino, 1963.

¹² Circa il doppio circuito discorsivo (individuo-gruppi e soggetti istituzionali in rapporto tra loro), cfr. ALDO TRAVI, *Riflessioni su laicità e pluralismo*, in *Diritto Pubblico*, Il Mulino, Bologna (2006), n. 2, pp. 375-387.

¹³ «...Il diritto definisce la persona *ens sui iuris*: un esistente padrone di sé. La padronanza, l'autopossesso di sé, è il concetto giuridico di persona. Rosmini afferma: la persona è diritto sussistente: quasi il diritto reso persona...», LUIGI BOGLIOLO, *L'uomo nell'essere*, PUL, Roma, 1971, p. 198-199.

¹⁴ MARTIN HEIDEGGER, *Nietzsche*, Neske, Pfullingen, II, 1968, p. 358.

¹⁵ «...Principio, soggetto e fine di tutte le istituzioni sociali è e deve essere la persona...», BENEDETTO XVI, *Catechismo della Chiesa cattolica. Compendio*, LEV, San Paolo ed., Roma, 2005, p. 110.

che in tema di rapporti tra religione e politica e, traducendo i due fattori nel campo della prassi, tra libertà di fede e diritto confessionale¹⁶.

Assodato che è «impensabile che il diritto possa ridursi solo a quello positivo», e che a maggior ragione ciò vale per quei rami disciplinari del diritto pubblico i quali vanno ad indagare in forma privilegiata sul fenomeno religioso nella sua composita manifestazione di fede, di credenza, di ritualità, non solo il metodo del dialogo assurge a scelta strategica, ma l'interrelazione Stato-Chiesa sul fattore religioso e la sua attuazione non possono non avere contenuti e riflessi segnatamente ideologici¹⁷.

Ed è in conseguenza di tali osservazioni, quali la natura metafisica del fatto religioso e la incompatibilità degli strumenti che il giurista impiega per regolarne il fenomeno sociale in quanto comportamento giuridicamente «visibile», che le teoriche sugli impianti dialogici Chiesa-Stato sul tema dei diritti di libertà non possono che ritenersi relative, soggette ad una condizione transitoria, come si evince dalla «empiricità» segnalata dal Jemolo a proposito dei concetti giuridici¹⁸ osservati come formule neutre, salvo dar luogo, nel deprecato irrigidimento di posizioni, ad un'inevitabile quanto esiziale urto tra dogmatismi¹⁹.

3. Conseguenziale ricognizione della tesi habermassiana sulle «soglie di ingresso delle ragioni laiche» e del percorso dialogico Chiesa-Stato poggiate sulla necessaria accettazione di «rinunce parallele» nei cittadini laici e religiosi

Preliminarmente alla verifica delle ragioni addotte da Jürgen Habermas attorno al dialogo sulla libertà confessionale tra Stato e Chiesa, sarà opportuno rammemorare la posizione assunta dal magistero pontificio in ordine alla valutazione della democrazia, dovendosi precisare che tali osservazioni sono preordinate ad una analisi ricognitiva della validità dei limiti di razionalità istituzionale (democratica) ravvisabili in un sistema di dialogo Stato-Chiesa, così come il menzionato filosofo della dialettica avrebbe concepito e che

¹⁶ MARIO TEDESCHI, *Sulla scienza del diritto ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 115 ss.

¹⁷ MARIO TEDESCHI, *ivi*, pp. 117 e 119.

¹⁸ ARTURO CARLO JEMOLO, *I concetti giuridici*, in *Pagine sparse di diritto e storiografia*, Giuffrè, Milano, 1957, pp. 100 ss.

¹⁹ Non solo la Chiesa, ma anche lo Stato, in quanto «raggruppamento sociale» può ritenersi esente da condizionamenti di natura ideologica e in grado di dirigere le proprie scelte sulla base di postulati di ordine morale. Cfr. ARTURO CARLO JEMOLO, *La libertà religiosa*, in *Tra storia e diritto (1960-1980)*, Giuffrè, Milano, 1982, pp. 523 ss.

profonda breccia ha inciso, e continua ad esercitare, nella sensibilità di non pochi costituzionalisti.

Per circoscrivere senza dubbi residui il giudizio della Chiesa in ordine alle forme di governo ed, in specie, alla democrazia, basterà ricapitolare l'insegnamento conciliare²⁰: dottrina dal cui solco, non sembra che la sede di Pietro abbia, sino ad ora, mai inteso divaricare dirottando dai binari sui quali era stata sospinta dal pensiero paolino-giovanneo, sconfessandone le lungimiranti linee guida; il che significherebbe contraddire un pensiero attecchito nella Chiesa da lungo tempo, giacché posizioni simili trovano eloquenti precedenti non solo nelle intuizioni sociali espresse nella *Rerum novarum* di Leone XIII, o nelle vibranti denunce propagate al mondo nel 1937 da Pio XI sui torti dei sistemi totalitari²¹, ma anche nel giudizio inequivoco di Pio XII che intendeva la democrazia quale «forma di governo» e «postulato naturale imposto dalla stessa ragione»²²; valutazioni che, in ordine ai regimi politici venuti successivamente alla ribalta in un contesto politico mondializzato, anche negli anni della «guerra fredda», si sono sempre espresse in favore di quel modello democratico inteso come il «sistema ideale di regime politico preferibile ad ogni altro...»²³. Cosicché il testo della *Pacem in Terris* elaborato da Giovanni XXIII, con il riconoscimento dello Stato di diritto, sociale e democratico, appare una mirabile sintesi del percorso magistero petrino²⁴. Non esistono, dunque, basi improvvisate su cui la Chiesa individua un possibile ed auspicabile esercizio di sovranità popolare in grado di dare luogo a quello

²⁰ Concilio Vaticano II, la Cost. pastorale *Gaudium et Spes*, pur non impiegando mai in termini espliciti l'espressione «democrazia», al suo equivalente istituzionale si riferisce nell'affermare la preferenza per quei regimi politici liberamente scelti dai cittadini (nn. 74 e 75) e nel condannare, per converso, «tutte quelle forme di regimi politici... che impediscono la libertà civile o religiosa» (n. 73, e). Coerenza di posizioni è nell'insegnamento di Giovanni Paolo II, il quale afferma: «I due sistemi totalitari, che hanno tragicamente segnato il nostro secolo, ho potuto conoscerli, per così dire, dall'interno. È facile quindi capire la mia sensibilità per la dignità di ogni persona umana, e per il rispetto di quei diritti, a partire dal diritto alla vita». KAROL WOJTYLA, *Dono e mistero*, LEV, CdV, 1996, pp. 77-78.

Sul Concilio Vaticano II e sulla proposizione «dualista» dei rapporti Stato-Chiesa, PEDRO LOMBARDIA, *Lezioni di diritto canonico*, Giuffré, Milano, 1984, pp. 60 ss.

²¹ Si allude alle famose encicliche *Divini Redemptoris* e *Mit Brennender Sorge*. Per un quadro storico generale della politica vaticana, ANDREA GIANELLI-ANDREA TORNIELLI, *Papi e guerra. Il ruolo dei pontefici dal primo conflitto mondiale all'attacco in Iraq*, Mondadori, Milano, 2003, pp. 58 ss.

²² Pio XII, *Radiomessaggio del Natale 1944*, 7, in IGINO GIORDANI (a cura di) *Le encicliche sociali dei papi*, Studium ed., Roma, 1956, p. 803.

²³ PIETRO AGOSTINO D'AVACK, *La Chiesa e lo Stato nella nuova impostazione conciliare*, in *La Chiesa dopo il Concilio. Atti del Convegno internazionale di diritto canonico*, Roma, 14-19 gennaio 1970, I, Giuffré, Milano, 1972, pp. 375 ss.

²⁴ CARLO FANTAPPIÉ, *Introduzione storica al diritto canonico*, Il Mulino, Bologna, 2003, p. 254.

che Maritain ebbe a descrivere come «l'incontro storico tra Cristianesimo e Democrazia».

L'elemento dialogico che è alla base della democrazia rappresenta il punto di forza da cui la Chiesa stessa trae vantaggio, giacché introduce il cittadino-religioso nella dimensione della prassi politica e sociale, in armonia con la visione -riflessa non casualmente nella codificazione canonica del 1983- della piena autonomia d'azione e di responsabilità del fedele nella Chiesa e nel temporale.

Esiste, dunque, una progressione che colloca il laico – anche il cittadino impegnato in politica – al centro dei circuiti di dialogo nella società. Dunque, la democrazia è un valore, in quanto avamposto giuridico delle convinzioni espresse e condivise dell'uomo libero, a patto che lo Stato accetti insieme alla valenza soprannaturale che per il cristiano assume il principio-fine del «bene comune», anche le sue immediate conseguenze pratiche, come scopo perseguibile nella – e attraverso la – prassi politica e come momento-limite nel processo dialogico e nel circuito interlocutorio.

La validità della «soglia di ingresso delle ragioni laiche» individuata da Habermas certamente considera il livello di «negoziabilità» possibile delle «ragioni religiose», sintetizzate in quel «bene comune»²⁵ che deve porsi a punto di convergenza dialogica di due percorsi originati da opposte sensibilità.

Detto impianto dialogico rivela, in ogni caso, un certo rigore, quando sostiene l'inflessibilità delle ragioni laiche a cogliere le esigenze minime del cittadino fedele ed ipotizza sacrifici etici.

Ineccepibile la «necessità di distinguere il circuito delle istituzioni dal circuito informale che si sviluppa nella società»: i dubbi emergono su come impostare e governare un dialogo nel quale verso i cittadini religiosi è implicita l'imposizione di una «riserva di traduzione» che, agendo da filtro sui contenuti di fede trascritti nelle leggi, in ultimo, formulerà inevitabili limitazioni della libertà religiosa pur garantita costituzionalmente²⁶, per modo che il percorso comunicativo, espressione della sensibilità democratica, si arresti alla presa d'atto di un pluralismo delle differenze; o se sia preferibile un dialogo di rinunce reciproche – *rectius* «parallele» – a quello propositivo che individua concessioni ed estensioni della libertà nella sfera confessionale.

Si tratta di interrogativi che nulla tolgono al coraggio dell'intuizione del

²⁵ Il fine del dialogo, osserva ancora d'Avack, è il perseguimento del «bene comune» che per il cristiano è «bene totale». Cfr. PIETRO AGOSTINO D'AVACK, op.cit., pp.376. Qui, sembrerebbe essere la base dogmatica dei «principi non negoziabili» dalla Chiesa, attesa la centralità che il significato trascendente che il «bene comune» assume nell'architettura conciliare.

²⁶ CESARE PINELLI, op. cit., p. 832.

filosofo di Düsseldorf, la cui speculazione apre al dinamismo dialettico su più fronti: basti soffermarsi sulla novità dei vantaggi reciproci derivabili dallo scambio di esperienze tra storia e diritto e all'utilità che ne trae una ricerca epistemologica sull'uomo che ne resta l'oggetto comune di analisi e di interpretazione²⁷.

Ora, punto critico della pur pregevole tesi di Habermas sembrerebbe essere la valutazione dell'uomo, come cittadino-fedele (e nella correlativa riduzione della comunità confessionale, intesa come sacca residua di tradizioni sociologiche e credenze sopravvissute ad una società ormai emancipata dagli antichi idoli) e il suo soggiacere alla volontà impostagli dall'alto dei vertici istituzionali per via «decisionale».

È questo il riflesso di una scelta dialettica che conduce il pensiero di Habermas da un ideale positivistico delle scienze, al discredito del diritto naturale e ad una totale estromissione dei fini delle «scienze sociali», soppiantati e sostituiti da una «volontà illuminata» dalle sole ragioni della scienza, sostenute da un atto di razionale «decisione» che, se non pochi punti di contatto ha con il giuspositivismo di radice kelseniana, vuoti incolmabili denuncia con le prospettive neotomiste da tempo abbracciate dalla Chiesa e da larghi settori del pensiero cattolico²⁸.

Su tali presupposti, un dialogo Chiesa-Stato basato su «rinunce parallele» potrà apparire perfino una soluzione ottimistica in chiave statutale ma impraticabile sul terreno del sacro.

4. I «*principi non negoziabili*» dalla Chiesa in prospettiva di diritto naturale

Conseguenze ulteriori di questi rilievi attorno alla possibile proposta dialogica Stato-Chiesa, denunciano i limiti di uno schema concentrato nel puro rapporto istituzionale condizionato dalle «soglie accessibili», in confronto alle maggiori possibilità di confronto offerte dalla prospettiva interlocutoria del «doppio circuito» discorsivo, il quale ultimo, tuttavia, deve confrontarsi con i parametri di forte resistenza dei «principi non negoziabili».

Quanto allo schema dialogico istituzionale, questo cede non solo al realismo con il quale Rimoli avverte l'«impossibilità del sacro di essere altrimenti»,

²⁷ MARIO TEDESCHI, op. cit., pp. 33 e 42.

²⁸ «...E la vita privata dello spirito conduce ad un'esistenza fantomatica, basata sull'arbitrio, con il nome di "decisione" ...La critica del diritto naturale ha certamente dimostrato che le norme sociali non sono e non possono essere fondate sulla natura...». Cfr. GIOVANNI REALE-DARIO ANTISERI, *Il pensiero occidentale dalle origini ad oggi*, III, La Scuola ed., Brescia, 1983, p. 639.

di contravvenire ai precetti e sconfessare la propria essenza²⁹, ma anche alla constatazione di quanto, in ordine a tali tematiche «non ci si possa limitare ad una mera analisi di diritto positivo o a pochi riferimenti storici che riguardano le Chiese, prescindendo dai loro contenuti ideologici e dalla dimensione, giustappunto, religiosa»³⁰. Il che, in poche parole, è una presa d'atto, da parte del giurista che si occupi del fenomeno confessionale, della limitatezza della prospettiva d'indagine che sia solo politica (*rectius*, istituzionale) di esso.

Ora, una proposta interlocutoria Stato-Chiesa che estenda il piano d'ascolto dal momento formale-istituzionale a quello informale-sociale, sembra preferibile perché individua un più completo coinvolgimento alla responsabilità del dialogo, elevando sicuramente il livello di impegno discorsivo alla prassi dell'«ascolto» delle ragioni dell'altro³¹.

Un simile impianto dialettico richiede al giurista, in ogni caso, di non ridurre il fenomeno confessionale ad una formalizzazione positivista del diritto o ad una tecnica di comparazione normativa tra norme di diverso rango o, peggio ancora, tra norme appartenenti ad ordinamenti giuridici differenti, posta in essere all'unico scopo di evidenziare volta per volta, discrepanze o armonizzazioni di ordine legale³². Simili atteggiamenti, infatti, non producono altro effetto che quello di perdere di vista la principale esigenza della Chiesa e del credente impegnato nella dimensione politica, alla realizzazione del «bene comune» come progetto salvifico.

Il problema di fondo sta nella non sottovalutazione delle fondamenta di

²⁹ FRANCESCO RIMOLI, *Laicità, postsecolarismo, integrazione dell'estraneo: una sfida per la democrazia pluralista*, in *Diritto Pubblico*, Il Mulino, Bologna (2006), n. 2, pp. 335-373, spec. pp. 359 ss.

³⁰ MARIO TEDESCHI, op. cit., p. 128.

³¹ «Il «leale e prevalente dialogo» richiamato nel documento conciliare [*Gaudium et spes*, §43]... non allude a formule sacramentali, ma richiede pazienza, umanità, capacità reciproca di comprensione». Negare ciò comporta sacrificare il dibattito sui valori «risolto artificialmente fra le ragioni della fede e quelle dell'ordine civile» ALDO TRAVI, op.cit., p. 383 ss.

³² Occorre mettere in guardia da una metodologia puramente comparatistica delle discipline giuridiche, quando i termini di raffronto abbiano ad oggetto il diritto canonico. Ciò vale sia nel profilo dei contenuti di esso, giacché sebbene: «...il metodo impiegato per gli studi comparatistici (sia) esclusivamente il metodo giuridico, per cui nessuna differenza esiste sotto questo punto di vista, fra l'opera dei cultori di diritto comparato e quella dei cultori di altre discipline giuridiche» non si può sottovalutare la particolarità di contenuti del diritto canonico e le difficoltà di una tecnica di comparazione tra esso e i diritti statuali. Ciò, tenendo conto del carattere della sua unitarietà, nel senso di universalità, in rapporto alla natura frammentaria (appartenenza per nazionalità) di altre discipline giuridiche normalmente rinvenibili in ogni ordinamento giuridico. Ma ciò vale anche nel profilo dei fini dell'ordinamento, tenuto conto che il fine della Chiesa è il «bene comune», cosicché risulterà scarsamente utile un'indagine che «...comporta una selezione delle differenze e delle analogie che possano essere riscontrate in un certo compendio di dati...». Cfr. ALESSANDRO PIZZORUSSO, op. cit., pp. 147 ss. e 153 ss.

diritto naturale che la Chiesa pone a base dei “principi non negoziabili» e su cui la soluzione proposta da Habermas, – che, pure, ha il pregio dell’intento costruttivo – sull’accettazione obbligatoria di una «riserva di traduzione» da parte dei cittadini religiosi e di un correlativo «dissenso ragionevolmente prevedibile» nei cittadini laici, ha tutta l’evidenza di un pesante «costo democratico» offerto sull’ara sacrificale di un più nobile scopo di convivenza civile realmente compiuta³³.

Il dialogo insterilisce nell’apprensione al dominio laico di momenti e legami relazionali di tale capienza etica – espressioni di un ordine morale da sempre affermato dalla Chiesa – i quali, pur non essendo «verità di fede»³⁴ esprimono un’intrinseca connessione con la dimensione della fede, con la conseguenza che la traduzione di essi entro il quadro normativo comporta l’inevitabile rispetto di limiti d’azione non valicabili. Quei medesimi momenti e legami relazionali che danno luogo alla famiglia come struttura naturale, alla tutela della vita in tutte le sue fasi esistenziali, al diritto dei genitori all’educazione dei propri figli, hanno un impianto radicale nel diritto naturale³⁵.

La negoziabilità incondizionata di questi rapporti comporterebbe la messa in discussione del nesso tra legge naturale e libertà, quasi dimenticando che le leggi civili conferiscono esse stesse un significato etico a detti rapporti, posto che la libertà è una condizione ontologica e richiede come esigenza propria, l’autenticità dell’agire³⁶. Detta negoziabilità incondizionata porterebbe a relativizzare anche il rapporto tra legge naturale e legge umana e la funzione di orientamento che la Chiesa assegna alla prima: una guida secondo valori universali, principale dei quali è la dignità dell’uomo³⁷ e la consapevolezza di

³³ CESARE PINELLI, op. cit., p. 832.

³⁴ JOSEPH RATZINGER, *Discorso ai partecipanti al Convegno promosso dal Partito Popolare Europeo (30 marzo 2006)*, in *La verità sulla famiglia. Matrimonio e unioni di fatto nelle parole di Benedetto XVI*, Quaderni de «L’Osservatore romano», CdV, 2007, p. 23.

³⁵ GAETANO LO CASTRO, *Interpretazione e diritto naturale*, in *Il mistero del diritto* cit., p. 167 ss.

³⁶ Il rapporto tra legge naturale e libertà è enunciato da JAVIER HERVADA, *Introduzione critica al diritto naturale*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 163 ss. : la legge naturale non è un limite ma una «dimensione della libertà» in quanto «legge dell’atto libero». L’A. lega strettamente la libertà alla condizione ontologica dell’uomo, ciascuna delle quali impensabile in termini assoluti, ossia senza limiti: «Pensare ad una libertà assoluta è un errore perché la libertà è una dimensione dell’essere; in altre parole chi è libero è un essere dotato di uno stato ontologico ben determinato...».

³⁷ Conservano integra la loro attualità le notazioni sul recupero tomista nella visione del diritto naturale, di JEAN-MARIE AUBERT, *Droit naturel et droit canonique*, in *Studi in onore di P.A. D’Avack*, I, Giuffrè, Milano, 1976, p. 149 ss., spec. pp. 154-157.

È ancora Hervada ad avvertire dell’esistenza di un terreno giuridico-legislativo che si estende oltre l’ordine fondamentale della società umana e che è dominato dal maggior ambito della discrezionalità normativa. Qui vengono allo scoperto i limiti di contrattazione delle «ragioni laiche» e di quelle

governare un criterio discreitivo – la capacità di scindere e distinguere, per mezzo della ragione, tra il bene e il male – che è alla base della legge morale³⁸.

La critica di un oggi reviviscente «confessionismo di costume» se può senz'altro attagliarsi a certe deprecabili dinamiche di schieramento politico piegate a logiche elettorali, è estranea alle preoccupazioni non calcolate del magistero pontificio, coerente osservatore dei destini dell'uomo e dello stato di salute della sua «relativa» dignità giuridica³⁹.

Prova di questa «relativizzazione» la cui forza di attrazione si estenderebbe, secondo il regnante pontefice, dai «principi non negoziabili» per la Chiesa anche alle istituzioni civili, sarebbe offerta dall'obbligo (morale) della protezione dell'embrione, come proiezione della tutela del diritto inviolabile alla vita di ogni individuo umano fin dal concepimento, e la cui disaffezione sarebbe sintomo di crisi delle basi dello Stato democratico.

Qui il valore in gioco non propone alcun «confessionismo di costume». Evidenzia solo due opposte reazioni ad una questione etica: mentre la Chiesa reagisce opponendo le «ragioni confessionali» del primato intangibile della dignità della persona, l'ordinamento civile non elabora «ragioni laiche» a tutela dei fondamenti dello Stato di diritto⁴⁰.

confessionali: una misura per così dire, «parallela» a quella individuata da Habermas circa le «soglie di ingresso» ed il cui terreno d'azione può essere dominato dalla prepotenza dei governanti. Afferma infatti l'A. che: «...tutta la società umana è governata dalla legge naturale, che ha un'evidente dimensione sociale» in quanto la società è un fenomeno naturale «...E questo nient'altro significa se non che l'ordine fondamentale della società umana è determinato dalle esigenze della dignità della persona umana...».

«Al di là di questo ordine fondamentale, le leggi che governano la società sono frutto della libera scelta e dell'iniziativa dell'uomo...queste leggi si chiamano leggi positive o, semplicemente, leggi umane» le quali ultime si commisurano entro la legge naturale, al di fuori della quale, esse risultano essere «...soltanto un dettato frutto della prepotenza di chi governa». JAVIER HERVADA, op. cit., pp. 165-168. Approfondimenti tematici sono in JÜRGEN HABERMAS, *I fondamenti morali prepolitici dello Stato liberale*, in *Humanitas*, Morcelliana, Brescia, (2004) n. 2, pp. 239 ss.

³⁸ BENEDETTO XVI, *Catechismo* cit., p. 113, n. 416.

³⁹ CESARE PINELLI, op.cit., p.833, che richiama JEMOLO, *I problemi pratici della libertà*, II ed., Giuffrè, Milano, 1961, p. 150 (il quale A. si preoccupava di sottolineare l'irrinunciabile necessità di promuovere una società che permettesse la pari posizione di uomini religiosi e non). Ma i temi in gioco, oggi, possono ascrivarsi ad argomenti di facciata? A semplici opportunità nel gioco politico? Oppure le questioni sul tappeto richiamano l'uomo, anche il non credente, ad un confronto impegnato con sé stesso e con la propria dimensione etica?

⁴⁰ BENEDETTO XVI, *Catechismo* cit.: «Perché la società deve proteggere ogni embrione?», p. 128, n. 472.

5. *Relatività delle teorie kelseniane in rapporto alla concezione unitaria del diritto della Chiesa. Il limite teorico del disinteresse per gli aspetti contenutistici delle norme giuridiche, in generale, e di quelle ecclesiastiche, in particolare. Reimpostazione del problema del dialogo democratico Stato-Chiesa in chiave non formalista*

Quanto alle osservazioni di Kelsen sulla capacità della democrazia di rispettare la volontà e il credo politico di ognuno, non è in discussione il debito scientifico da tributare a tale insegnamento e ai riflessi sostanziali di cui potrebbe beneficiare anche una scienza «ideologizzata» quale la disciplina ecclesiastica⁴¹. Il fatto è che i piani d'analisi del filosofo praghese con la sensibilità del pensiero giuridico sostanziale sono differenti e distanti tra loro, così da esprimere affermazioni veritiere ciascuna nel proprio specchio dottrinale⁴².

La maggior difformità analitica sta nell'impostazione di metodo formalista con la quale il Kelsen, teorico generale del diritto nel segno neo-kantiano, aveva inteso indagare (meglio, non indagare) le singole discipline giuridiche⁴³.

Ad ulteriori distanze contribuisce il rifiuto del dualismo giuridico, cui il filosofo è condotto dalla ricerca di un fondamento unitario del sistema giuridico «ordinamento»⁴⁴. È questo, forse, il maggior punto di scarto con la posizione dottrinale cara al diritto confessionale: Kelsen non tiene conto che il diritto canonico sta alla frammentazione, come il carattere di unitarietà degli ordinamenti giuridici sta agli Stati civili; similitudine altrimenti formulabile nel rapporto per il quale il diritto naturale sta alla Chiesa, come il diritto positivo sta agli Stati, con l'impossibilità di conciliare le ragioni del particolare su cui si fonda la legge confessionale, con un impianto fortemente accentrato nell'unità della *Grundnorm*⁴⁵.

⁴¹ HANS KELSEN, *I fondamenti della democrazia (1955-56)* in *La democrazia*, Il Mulino, Bologna, 1981, pp. 261 ss.

⁴² Per un inquadramento tematico, si veda ORAZIO CONDORELLI, *Tra storia e dogmatica: momenti e tendenze dello studio e dell'insegnamento del diritto canonico in Italia (secoli XIX-XX)*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 927 ss.

⁴³ GIUSEPPE CAPUTO, *Kelsen e il diritto ecclesiastico*, in *Dottrine generali del diritto e diritto ecclesiastico (Atti del Convegno organizzato dall'Istituto di diritto ecclesiastico e canonico, Università di Napoli, Napoli, 19-22 novembre 1986)*, pp. 114 e 119.

⁴⁴ CARLOS J. ERRÁZURIZ, *Il diritto e la giustizia nella Chiesa. Per una teoria fondamentale del diritto canonico*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 27.

⁴⁵ PIERO BELLINI, *Per una sistemazione canonistica delle relazioni tra diritto della Chiesa e diritto dello Stato*, rist., Cosenza, 2006, p.7 ss e spec. pp. 15-22.

Egli, semplicemente, si limita a riconoscere la giuridicità della Chiesa e della sua organizzazione istituzionale, munita di un particolarismo che le deriva dalla funzione regolativa del momento religioso⁴⁶. Limite d'impostazione questo, che se evidenzia un generale disinteresse analitico di Kelsen per i contenuti delle norme giuridiche⁴⁷, si traduce, nello specifico, in indifferenza dei contenuti delle norme religiose-confessionali⁴⁸, ossia, in sottovalutazione del momento segnatamente ideologico che ne è l'essenza⁴⁹.

Il sostanziale disinteresse per quanto della norma giuridica è il contenuto in favore di ciò che ne è la legittimazione formale, secondo una delle principali teorie del positivismo giuridico, della «forza competente a creare diritto»⁵⁰, non solo propone l'accezione formalista del diritto, ma nega le proposizioni giusnaturaliste⁵¹.

Si può dubitare, allora, che la visione democratica dello Stato di diritto, quella stessa che propone una norma accontentutistica, che afferma la sua vittoria nel disinteresse per il momento «ideologico» del diritto e che edifica un sistema «ordinamento» su una legittimazione della forza, razionale, ma privata della «forza morale», possa consolidare un impianto dialogico

⁴⁶ La Chiesa è uno Stato di tipo particolare «...ossia un ordinamento statale che regola l'agire umano sotto lo speciale profilo del momento religioso...». Così, HANS KELSEN, *Allgemeine Staatslehre* (in *Enzyklopädie der Rechts und Staatswissenschaften herausg.*, di E.KOHLRAUS-W. KASKEL-A.SPETHOFF, Abt. Rechtswissenschaften, XXIII), Berlino, 1925, p. 113.

⁴⁷ CARLOS J. ERRÁZURIZ, *El Derecho Canónico en clave positivista*, in *Ius Canonicum*, 25 (1985), Pamplona-Navarra, pp. 29 ss.

⁴⁸ LUIGI DE LUCA, *Diritto ecclesiastico ed esperienza giuridica*, Giuffrè, Milano, 1976, p. 79.

⁴⁹ MARIO TEDESCHI, op.cit., pp. 117 e 119. Sul profilo ideologico delle norme ecclesiastiche ed i limiti di recezione sostanziale della teorica kelseniana, non ristretta ai soli ecclesiasticisti e riferita alle osservazioni critiche di Capogrossi, si rinvia a GIUSEPPE CAPUTO, op. cit., pp. 118 e 121 ss.

⁵⁰ KARL BERGBHOM, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie. Kritische Abhandlungen*, I, Bd., *Das Naturrecht der Gegenwart*, Leipzig, 1892, p. 549.

⁵¹ ALESSANDRO PIZZORUSSO, op. cit., p. 115-116, rileva nel pensiero di Kelsen, di quanto la norma base sia intesa come momento funzionale, elemento giustificante l'ordinamento giuridico nel suo complesso, «in una pluralità di gradini di una scala». Tale costruzione nega ogni forma di giusnaturalismo, in favore di una concezione giuspositivista che avverte il diritto come un «dato» dell'attività politica di creazione delle leggi. Sul punto, HANS KELSEN, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Leipzig-Wien, 1934.

Sulla tematica della «forza» legittimante la norma giuridica, Kelsen, come è noto elabora le basi di teoria politica dello Stato democratico là dove, auspicando il modello germanico ed austriaco di ordinamento giuridico, identifica la forza con il diritto. Si tratta di una «forza» democratica che preconizza lo «Stato di diritto», opposta allo «Stato di polizia» espressivo di «una forza senza diritto». In questo senso l'identità forza-diritto esprime una democrazia a condizione che il potere politico sia soggetto al diritto. Sul punto, cfr. HANS KELSEN, *Dio e Stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito* (a cura di A.Carrino), ESI, Napoli, 1988, pp. 214 e 219, (nell'originale HANS KELSEN, *Rechtstaat und Staatsrecht*, in «Osterreichische Rundschau», 36, Band, 1913, pp. 88-94).

privo di categorie spirituali ma ricco di strumentazioni tecniche⁵². Le tesi kelseniane sulla democrazia del dialogo trovano così, nel loro punto apicale di validità, il loro limite: uno sbarramento formale che tende a rendere interscambiabili e non più distinguibili tra loro la democrazia della tolleranza con l'indifferenza verso le categorie etiche le quali danno sostanza qualitativa ai legami sociali.

L'intuizione kelseniana sulla relatività dei valori in democrazia, come condizione ideale affinché il pluralismo istituzionale, svincolato da dogmatismi, possa assicurare la più ampia libertà e, nel contempo, «stimolare le virtù trasformative e autocorrettive necessarie ad una convivenza pluralistica»⁵³ tra diversi credo e molteplici opinioni nasconde nel proprio fascino teorico, gravi pericoli di degradazione del sistema giuridico a causa dell'enunciata indifferenziazione dei valori.

Chiarita ora la prospettiva di indagine da cui muove il pensiero laico (che ha natura organizzativa dell'ordinamento giuridico) in confronto a quello canonistico (prospettiva contenutistica), è possibile riprendere il filo del tema del «relativismo etico» e delle posizioni assunte in merito dagli ultimi due pontificati.

6. Non automatica imputabilità critica del «relativismo etico» alla forma di governo di tipo democratico, ma alle modalità suppostamente democratiche di interpretazione dell'espressione «libertà soggettiva individuale» e dei suoi limiti etici

Per procedere ad una disamina delle posizioni critiche espresse da Wojtyła e da Ratzinger in ordine alla responsabilità della democrazia circa il montante «relativismo etico»⁵⁴, occorrerà precisare le variabili del fine di «bene comune», unitariamente perseguito da Stato e Chiesa, ma che l'uno intende come «*salus publica*» e l'altro, come «*salus animarum*», momento e «significato liberatorio della redenzione»⁵⁵; che l'uno inquadra nelle proposizioni giuspositiviste e l'altro, nel diritto naturale; che l'uno ha lentamente maturato

⁵² GAETANO LO CASTRO, *Il diritto laico*, in *Il mistero del diritto I. Del diritto e della sua conoscenza*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 92.

⁵³ CESARE PINELLI, op.cit., p. 843.

⁵⁴ Sul punto, CESARE PINELLI, *ivi*, pp. 838 ss.

⁵⁵ LORENZO SPINELLI, *I diritti umani nelle relazioni tra Stato e Chiesa*, in *I diritti umani. Dottrina e prassi*, AVE, Roma, 1982, p. 725.

identificandolo attraverso l'esperienza storica «in via pragmatica» e l'altra ricava dalla percezione ontologica dell'uomo per via dottrinale, dogmatica e fondativa⁵⁶; che l'uno persegue attraverso una concezione puramente tecnica del diritto⁵⁷ il cui valore esclusivamente strumentale finisce per essere, come le sue elaborazioni, di indole relativa, dovendo regolare convenzionalmente interessi contrapposti e rapporti di forza, e che l'altra persegue identificando nel diritto ecclesiale, in quanto «diritto di ciò che è giusto», la base realistica e personalistica dei rapporti di giustizia⁵⁸.

I richiami del recente magistero ad un diritto che tende a certificare i legami sociali elementari (la famiglia, il matrimonio ed i suoi vincoli interpersonali) e l'identità soggettiva della persona come «sovrastrutture legali» manipolabili a piacimento o come mere formalizzazioni, indica la divaricazione progressiva dei due piani di osservazione che hanno come oggetto il «bene comune» e dove la volontà di dialogo democratico e di ascolto delle ragioni dell'altro sembrano pure affermazioni teoriche.

I modelli di dialogo proposti sembrano non cogliere la dinamicità dei reciproci punti di vista degli interlocutori Stato-Chiesa, portavoci di piani etici mobili, divaricanti, e che indeboliscono le tensioni all'incontro comprensivo.

I rilievi dei due ultimi pontificati sulla possibile ampiezza delle ragioni laiche in democrazia prendono semplicemente atto della deriva del legislatore statale da principi di ordine morale sulla cui base, un tempo, insisteva una ampia «condivisione»⁵⁹ e sui quali l'esercizio di una costante attività erosiva di ordine «filosofico-culturale» ha scoperto impalcature formali destinate nel futuro al collasso, ma che per la Chiesa restano il faro dell'insegnamento pre e postconciliare⁶⁰.

Nessuna guerra di religione contro la democrazia, dunque, ma riflessione accorata verso la perdita di sostanza e di memoria storica posti a contenuto

⁵⁶ LORENZO SPINELLI, op. cit., p. 727.

⁵⁷ GAETANO LO CASTRO, *Il diritto laico*, in *Il mistero del diritto* cit., p. 92.

⁵⁸ CARLOS J. ERRÁZURIZ, *Il diritto e la giustizia nella Chiesa* cit., p. 135.

⁵⁹ ARTURO CARLO JEMOLO, *Premesse ai rapporti tra Chiesa e Stato*, Giuffrè, Milano, 1965, p. 15.

⁶⁰ Nel promulgare il CIC 1983, Giovanni Paolo II ne sottolineò la continuità delle fondamenta giuridico-teologiche con la storia della Chiesa, in quanto «...fondato sull'eredità giuridico-legislativa della rivelazione e della tradizione». In questo senso il Pontefice saldava il nesso tra Sacra scrittura, Tradizione magistero ecclesiastico, attraverso il Concilio Vaticano II. Ancora nella *Redemptoris missio* (n. 56), Wojtyła proponeva la «dignità» come punto di incontro dialogico tra Chiesa e altre religioni: «il dialogo non nasce da tattica o interesse, ma è un'attività che ha proprie motivazioni, esigenze, dignità». Cfr. AMBROGIO SPREAFICO, *Giovanni Paolo II e il dialogo interreligioso*, in *Il pontificato di Giovanni Paolo II. Storia del Cristianesimo (1878-2005)*, 11, San Paolo ed., Milano, 2006, p. 132.

dei vincoli sociali elementari, a causa di un relativismo che prima di essere di ordine giuridico, è di ordine filosofico⁶¹.

Ecco evidenziato il punto del possibile equivoco sulla critica al «relativismo etico» addebitata dalla Chiesa alla democrazia: per Giovanni Paolo II e Benedetto XVI non è la democrazia come forma istituzionale di governo, ma la democrazia come espressione decadente di una cultura «neomaterialista»⁶², che ha perso i propri cardini etici di riferimento, a pregiudicare le condizioni che possono attuare una dialettica dei circuiti di ascolto e di apprendimento delle ragioni dell'altro.

L'attenzione di Benedetto XVI sulla democrazia si concentra, in realtà, sui contenuti culturali che ne piegano il momento etico al «...cinismo di una cultura secolarizzata»⁶³.

La Chiesa, insomma, nel suo anelito alla realizzazione della giustizia, esclude legami con ogni tipo di ideologia anche sul terreno della prassi di carità missionaria, della «*diakonía*»⁶⁴.

Contestualmente, Benedetto XVI estende l'orizzonte alle possibilità offerte da un nuovo umanesimo giuridico, coinvolgente la comunità internazionale degli Stati, capace di mettere in discussione il tradizionale impianto westfalico dei rapporti giuridici e proporre una qualificazione convincente della «laicità»⁶⁵.

L'atto di accusa del magistero ha ad oggetto, dunque, la cultura secolarizzata che orienta le istituzioni, che predispone una temperie nella quale la

⁶¹ Ulteriori chiarificazioni circa la democrazia e la laicità, Wojtyła le manifesta all'ambasciatore francese presso la Santa Sede, Jean Guéguinou, precisando che il punto in questione non è la laicità, ma le attribuzioni che ne vogliono condizionare e distorcere l'originale valore positivo, in quanto lo Stato «laico» è quello che riconosce il fatto religioso come una componente sociale, non ridotto alla sfera privata individuale: il che impegna le parti dialoganti ad una logica dell'ascolto e dell'attenzione, alla comprensione e non alla sottovalutazione dei valori identificativi di cui si faccia latore uno dei due interlocutori. Cfr. BERNARD LECOMTE, *Giovanni Paolo II*, Baldini Castoldi Dalai ed., Milano, 2005, pp. 495-496.

⁶² PETER HÄBERLE, *Per una dottrina della Costituzione come scienza delle culture*, Roma, 2001.

⁶³ JOSEPH RATZINGER, *L'Europa nella crisi delle culture*, conferenza tenuta il venerdì 1 aprile 2005 a Subiaco, al Monastero di Santa Scolastica, sito web www.avvenireonline.it, p. 2.

⁶⁴ BENEDETTO XVI, Lettera Enciclica «*Deus Caritas Est*» (25.XII.2005), n. 31, b: «...l'attività caritativa cristiana deve essere indipendente da partiti e ideologie...», Tipografia Vaticana, LEV, Roma, 2006, p. 73.

⁶⁵ Con coerenza, Benedetto XVI afferma che «I diritti fondamentali non vengono creati dal legislatore, ma sono iscritti nella natura stessa della persona umana e sono, pertanto, rinviabili ultimamente al Creatore». Cfr. *Messaggio di papa Benedetto XVI a Marcello Pera*, Vaticano, 11 ottobre 2005. Si tratta di tematiche sviluppate nel confronto tra JÜRGEN HABERMAS-JOSEPH RATZINGER, *Ragione e fede in dialogo* (a cura di G.Bosetti), Marsilio, Venezia, 2005.

democrazia non è causa generante delle incomprensioni al dialogo, ma vittima essa stessa di una cultura della libertà in senso illuminista laicista, autoreferenziale, dogmatico, propugnatore di valori che assolutizzano lo Stato e il singolo e relativizzano le sue componenti ideali⁶⁶.

Punto essenziale della critica sul «relativismo etico» di Ratzinger sembra risiedere nella percezione confusa della «libertà», la cui indefinitezza è causa di contraddizioni di ordine politico e di una «ideologia della libertà» generatrice di un «dogmatismo che si sta rivelando sempre più ostile verso la libertà»⁶⁷: il «relativismo etico», così, permea le forme della democrazia e ne rielabora i contenuti, tra i quali è la fede cristiana che, di ogni democrazia è il fondamento originario⁶⁸.

Il punto critico nelle procedure di comprensione e di ascolto delle ragioni dell'altro si esprime su un piano culturale, attorno al rischio di interpretazioni ideologiche della persona e delle sue garanzie di dignità e di libertà.

Il futuro del dialogo democratico sta in questo anelito di comprensione: la libertà soggettiva ed i suoi limiti etici che lo Stato assume relativi, in favore di una espansione illimitata dei diritti soggettivi individuali e che la Chiesa, al contrario, assume su un piano di salvezza, traducendoli nella libertà spirituale⁶⁹, in un progetto di rendenzione, che è una «liberazione» tutt'altro che positivistica della condizione umana.

⁶⁶ «...l'idea che soltanto...la cultura illuminista radicale...potrebbe essere costituiva per l'identità europea; ...essa parte dalla libertà come un valore fondamentale che misura tutto;...l'ordinamento democratico dello Stato, e cioè il controllo parlamentare sugli organismi statali...» JOSEPH RATZINGER, *L'Europa* cit., p.2.

⁶⁷ JOSEPH RATZINGER, *ivi*, pp. 3-4.

⁶⁸ Sul rapporto di congiunzione tra fede e democrazia in J. Ratzinger, vedi ELIO GUERRIERO, *Benedetto XVI*, in *Il pontificato di Giovanni Paolo II* cit., p. 294.

⁶⁹ BENEDETTO XVI, *Catechismo* cit.: «Come si colloca la libertà umana nell'ordine della salvezza?», p. 104, n. 366.

Rileggere i Maestri

FRANCESCO ZANCHINI DI CASTIGLIONCHIO

Presentazione

Viene qui anticipato un saggio, ancora purtroppo inedito (ma letto, nell'aprile 2004, a un Convegno teramano su "Forme stragiudiziali o straordinarie di risoluzione delle controversie nel diritto comune e nel diritto canonico", dovuto ad un biblista italiano di statura europea, recentemente scomparso: Giuseppe Barbaglio.

L'intervento è interessante dal punto di vista canonistico, in quanto ha come oggetto il *Dic ecclesiae* (MT. XVIII, 15 ss.), cioè uno dei *dicta Christi* sul quale la tradizione medievale ha finito per fondare una prassi disciplinare che è andata ben oltre la regola pastorale della comunità fraterna delle origini; prassi, che ha formato da noi oggetto di alcune penetranti riflessioni di Piero Bellini, incluse nel suo saggio memorabile su *Denunciatio evangelica e denunciatio indicialis privata*.

L'Autore, che pone questo testo in parallelo (quanto ad analoga sorte di fraintendimento ermeneutico) con RM XIII, 1-7, oltre che con MC. XII, 14 ss., ne parla – alla Ricoeur – come di “un figlio che ha lasciato la casa paterna e ha percorso cammini propri, se non addirittura opposti, rispetto a quelli che gli aveva impartito il padre”.

“Dic ecclesiae” (Mt 18,15-17+18)

Lettura storico-critica Giuseppe Barbaglio

FRANCESCO ZANCHINI DI CASTIGLIONCHIO

Tra pochi altri testi cristiani canonici, per es. il detto gesuano: “Date e Cesare quello che è di Cesare, ma a Dio quello che è di Dio” (Mc 12,17 e par.) e il passo paolino di Rom 13,1-7 sull’ autorità che viene da Dio e che deve essere obbedita, questo passo matteano¹ ha segnato la vita della chiesa e della sua disciplina interna suscitando, in particolare, la nota prassi della *correctio fraterna* o anche della *denunciatio evangelica*. Per usare una metafora espressiva di Ricoeur, è stato un figlio che ha lasciato la casa paterna e ha percorso cammini propri, diversi se non addirittura opposti, rispetto a quelli che gli aveva impartito il padre. Ora non è mio compito di seguire i sentieri di questo ‘figlio’ intraprendente e creativo; tale impegno è degli studiosi del Diritto Canonico. A me compete di mostrarne l’immagine impressagli dal padre nella nascita e, ancor più, nell’educazione familiare. Detto in termini propri, intendo far emergere il significato e la portata del testo elaborato dall’autore del vangelo sulla scorta delle sue fonti e sotto la pressione della situazione della comunità cristiana a cui è destinato, ma soprattutto ispirato

¹ Oltre ai commenti di DAVIES W.D.- D.C. ALLISON, *The Gospel according to saint Matthew*, II, Edinburg 1991; FABRIS R., *Matteo*, Borla, Roma 21996; FRANKEMÖLLE H., *Matthäus-Kommentar*, 2, Düsseldorf 1997; GNILKA J., *Il vangelo di Matteo*, II, Paideia, Brescia 1991; GRASSO S., *Il vangelo di Matteo*, Edizioni Dehoniane Roma, Roma 1995 e soprattutto di LUZ U., *Das Evangelium nach Matthäus*, III, Neukirchen 1997, si vedano gli studi di CARMODY T.R., “Matt 18:15-17 in Relation to three Texts from Qumran Literature (CD 9:2-8,16-22; 1Qs 5:25-6:1)”, in M.P. HORGAN-P.J. KOBELSKI (ed.), *To Touch the Text* (FS J-A. Fitzmyer), NY 1989, 141-158; DULING D.C., “Matthew 18:15-17: Conflict, Confrontation, and Conflict Resolution in a “Fictive Kin” Association”, in *Biblical Theology Bulletin* 29(1999)4-22; GALOT J., “Qu’il soit pour toi comme le païen et le publicain”, in *Nouvelle Revue Théologique* 106(1974)1009-1030; SEGALLA G., “Perdono “cristiano” e correzione fraterna nella comunità di “Matteo” (Mt 18,15-17.21-35)”, in *Studia Patavina* 38(1991)499-518; SCHEUERMANN G., *Gemeinde im Umbruch. Eine sozialgeschichtliche Studie zum Matthäusevangelium*, Würzburg 1996; TALLEN S., *La correzione fraterna nella Chiesa di Matteo. Mt 18,15-20* (Excerpta ex dissertatione ad doctoratum in facultate Theologiae Pontificiae Universitatis Gregoriana), Verona 1996.

dai suoi intenti di comunicatore. In breve, voglio offrirne una lettura storico-critica che ci permetta di valutarne il senso originario e la sua valenza nel confronto con le letture della sua lunga e ricca *Wirkungsgeschichte* formatrice della tradizione cristiana ecclesiale ed ecclesiastica.

1. Traduzione e analisi

“(15) Se poi avvenisse che tuo fratello ha commesso peccato [contro di te], va' a riprenderlo (verbo *elegchein*) a quattr'occhi tra te e lui solo. Se ti ascolterà, avrai guadagnato il tuo fratello. (16) Ma se non ti ascolterà, prendi con te ancora uno o due persone, affinché *ogni cosa sia stabilita sulla parola di due o tre testimoni* [cf. Dt 19,15]. (17) Se infine avrà ostinatamente chiuso l'orecchio (*parakouein*) al loro invito, dillo all'assemblea ecclesiale (*tê ekklêsia-i*). E se avrà rifiutato di ascoltare (*parakouein*) anche l'assemblea ecclesiale, sia per te alla stregua del gentile e del pubblicano.

(18) In verità vi dico: qualunque cosa avrete legato sulla terra, resterà legata in cielo, e qualunque cosa avrete sciolto sulla terra, resterà sciolta in cielo”.

Nei versetti 15-17 siamo chiaramente di fronte a una ‘regola’ esortativa enunciata in forma casuistica secondo lo schema di una cascata di ipotesi collegate ad altrettante apodosi formate da imperativi. Ecco la formula fissa che si ripete: “se avviene che .../ allora dovrai fare questo e quest'altro”. Si tratta, in realtà, di diversi tentativi fatti per guadagnare il fratello² colpevole che seguono il criterio di una pressione sempre più crescente: prima a tu per tu; poi con la presenza attiva di testimoni; infine con l'intervento, ultimo, dell'assemblea ecclesiale. La cascata di periodi ipotetici continua fino al terzo grado, se il fratello colpevole non risponde positivamente alle precedenti sollecitazioni; nel caso poi malaugurato che egli persista nel suo no, tutto finisce nello scacco finale: viene meno il suo statuto di fratello, membro della comunità cristiana, e passa a far parte del mondo degli estranei, di quelli di fuori, qui esemplarmente rappresentati, secondo lo spirito della cultura giudaica, dai gentili e dai fraudolenti appaltatori di tasse.

Quale sia la colpa del fratello che suscita la risposta responsabile del confratello, non appare chiaro, perché la forma originale del testo greco non è certa oltre ogni ragionevole dubbio. La maggioranza dei manoscritti antichi

² Frankemölle precisa che non diversamente dal Deuteronomio nel vocabolo “fratello” Matteo comprende anche le donne credenti; la comunità matteana era una comunità di fratelli e sorelle (*op. cit.*, p. 259).

è a favore della lezione “contro di te (*eis se*)”. Dunque qualifica il peccato in questione come un’offesa personale e di conseguenza spinge ineluttabilmente la lettura del passo matteano sulla direttrice non della *correctio fraterna*, bensì del perdono da accordare generosamente all’offensore, o anche della riconciliazione tra ‘fratelli’.³

Nell’opera canonistica di Piero Bellini leggo che, a partire da Agostino, nella lettura fatta dalla patristica e dalla scolastica, che pure conservano questa *lectio*, s’interpreta il “(si peccaverit) *in te*” nel seguente modo: “si tu solus nosti”⁴. Si resta così ancorati al senso della *correctio fraterna* tesa a far ravvedere il colpevole, sollecitato a doverosa penitenza per poter essere pienamente reintegrato nella chiesa.

I codici Sinaitico e Vaticano del IV secolo, invece, non hanno questa specificazione e dunque testimoniano un testo che va nella direzione del peccato del fratello, della sua correzione fraterna e del suo auspicato ricupero alla comunità cristiana e alla sua fedeltà.

Gli studiosi si dividono⁵ e la soluzione appare incerta, come confessa con rammarico U. Luz nel suo magistrale commento al vangelo di Matteo: “Peccato che la comprensione del testo debba restare incerta!”⁶. Ciò ammesso, però, riterrei che, per ragioni di critica testuale interna, sia da preferire la lezione priva di “contro di te” e che il testo matteano vada letto nel solco della correzione fraterna del fratello che ha peccato finalizzata alla sua conversione e al suo ricupero. Infatti così si comprende bene l’uso del verbo *elegchein* non privo, nel contesto, di una tonalità di rimprovero e ammonimento, il quale è presente nel passo parallelo di Lev 19,17 che fa obbliga di rimproverare (*elegmô-i elegxeis*) il fratello per non diventare conniventi con il suo peccato: un passo questo che probabilmente ha ispirato il nostro testo, come di certo ha influito negli scritti qumranici, come vedremo. Anche l’appello estremo alla comunità cristiana riunita in assemblea e l’imperativo finale “sia per te alla stregua del pagano e del pubblicano” si comprendono meglio se il procedimento è quello della correzione e non della riconciliazione. Ancor più,

³ Così per es. GALOT che nel dilemma: “Correzione fraterna o riconciliazione?” (*op. cit.*, p. 1012) opta decisamente per la seconda soluzione.

⁴ P. BELLINI, “*Denunciatio evangelica*” e “*denunciatio judicialis privata*”: *Un capitolo di storia disciplinare della chiesa*, Milano, Giuffrè editore 1986, pp. 19-20, nota 12.

⁵ Basti guardare ai titoli dei commenti a questo brano: Frankemölle parla di “riguadagno di un peccatore”, Luz di “correzione fraterna”, Davies-Allison invece di “riconciliazione”, Gnllka di “riprendere” il fratello, ma significativi sono anche i titoli degli studi monografici: “La correzione fraterna”, tesi di laurea di Tallen; “Conflitto, confronto e risoluzione del conflitto”, l’articolo di Duling.

⁶ Das Evangelium nach Matthäus, III, p. 38.

si deve rilevare che della riconciliazione tra fratelli Matteo parlerà in seguito, enunciando ai vv. 21-22 la regola di Gesù in risposta alla domanda di Pietro: “Quante volte dovrò perdonare al mio fratello che avrà peccato contro di me (*eis eme*)? Fino a sette volte? Gli risponde Gesù: Non ti dico fino a sette, bensì fino a settanta volte sette”, e illustrando tale dovere cristiano con la parabola del satrapo spietato (vv. 23-35). E si noti che in questi passi il vocabolario è ben diverso da quello usato in 18,15-17: vi si parla infatti chiaramente di perdono (*aphiēmi*) e non di rimprovero o ammonizione.

Ancor più chiaramente si rivela che la ‘regola’ pastorale è fatta valere dal tu dei fratelli che compongono la comunità cristiana (cf. Mt 5,22.23.24.47; 7,3.4.5; 18,1.15.21.35; 23,8). Riguarda esattamente il singolo credente e la sua responsabilità nei confronti dell’altro che fa parte della stessa aggregazione sociale, costituita sulla base di legami volontari, cioè dell’adesione di fede⁷. E anche quando, su esplicita richiesta del singolo, interviene l’assemblea comunitaria, questa deve solo dare forza maggiore alla sollecitazione di quello, e la conseguenza funesta del procedimento andato a vuoto obbliga chi ha intrapreso l’azione correttiva: il fratello colpevole e incorreggibile “sia *per te* alla stregua del gentile e del pubblicano”. Non si parla propriamente di un atto formale di scomunica da parte della comunità (non così in 1 Cor 5,1-13), anche se resta vero, mi sembra, che il prendere decisamente le distanze dal fratello, peccatore impenitente, equivale a un suo estraniamento dalla comunione ecclesiale dei fratelli. In breve non è una *regula communitatis* né è una *regula pro bono communitatis*, come invece abbiamo nel suddetto passo paolino: la finalità della responsabile azione del fratello ammonitore è unicamente rivolta al bene del confratello infedele, alla sua ‘conversione’. In una parola, nella *correctio fraterna* di Mt 18,15-17 essenzialmente sono di fronte due fratelli e il rapporto è strettamente interpersonale, io-tu, proprio di un fraterno dialogo, come annota Luz⁸.

Vorrei rilevare come invece nella tradizione ecclesiastica al tu del singolo credente subentra, quando l’intervento di questi si rivela inefficace, la chiesa – “*dic ecclesiae*” – con la sua autorità giuridica, chiesa impersonata dal *praelatus* nel caso di un “peccator occultus” (sebbene, s’intende, “non omnino occultus”)⁹, o da un tribunale ecclesiastico nel caso di una *publica denunciatio*, la quale decide anche il destino del *peccator impenitens* e nel secondo

⁷ Cfr. la monografia di Scheuermann e lo studio di Duling.

⁸ Das Evangelium nach Mathhäus, p. 43. Ma anche Tallen parla di „dialogo personale“ (*op. cit.*, p. 75).

⁹ BELLINI, *op. cit.*, p. 21.

caso addirittura con una formale scomunica pubblica, condizionando la reintegrazione nella chiesa all'imposizione di una proporzionata e necessaria *poenitentia publica*.¹⁰

Non chiara è la funzione di uno o di due altri fratelli, chiamati da chi ha intrapreso la correzione fraterna. A prova di questo procedimento Matteo cita implicitamente il testo di Dt 19 che parla della presenza necessaria di due o tre testimoni per provare l'accusa. Ma nel testo matteoano il problema non è giuridico, bensì pastorale: i cosiddetti testimoni non devono propriamente 'testimoniare nulla'; il loro compito è quello di affiancare il rimprovero del singolo fratello e dargli peso in ordine a persuadere il fratello che ha peccato. Giovanni Crisostomo rileva: “Se ti pare di essere troppo debole da solo, aumenta la tua forza prendendo altri con te” (*Patrologia Graeca* 57-58, 585)¹¹. Si può ritenere che la citazione implicita serva solo come riferimento generico. Lo stesso testo del Deuteronomio è citato anche in 2 Corinti 13,1 dove pure l'applicazione è assai libera: Paolo sta andando per la terza volta a Corinto con il fiero proposito di richiamare fortemente la comunità; i due o tre testimoni sono le sue parole rivolte alla chiesa di Corinto durante le sue presenze nella città dell'istmo. Invece in 1 Timoteo 5,19 vi si parla di un procedimento accusatorio in cui sono necessari dei testimoni e qui Deuteronomio 19 è citato del tutto a proposito. E altrettanto dicasi di Ebrei 10,28.

In ogni modo la comprensione del testo matteoano richiede una precisazione sul vocabolo *ekklêsia*, qui usato due volte, che con 16,18: “e su questa pietra fonderò la mia chiesa” costituisce gli unici passi evangelici in cui esso ricorre, mentre ha un'applicazione assai vasta nelle lettere di Paolo¹². Se negli scritti dell'apostolo non è escluso che ci sia un riferimento alle assemblee cittadine del mondo greco, nel vangelo di Matteo e nella sua comunità cristiana, l'uno e l'altra di riconosciuta origine giudaica, si può ritenere che il vocabolo derivi dalla tradizione greca dei LXX cui corrisponde di preferenza nell'ebraico il termine *qahal*, indicativo delle assemblee religioso-sociali del popolo israelitico. Nel nostro passo comunque è indubbio il riferimento alla comunità cristiana locale, mentre in 16,18 appare più probabile il significato di chiesa universale. Il “dic ecclesiae” esattamente esprime il ricorso all'assemblea in atto della comunità cristiana locale, riunita appositamente oppure anche durante le sue riunioni abituali. Il nostro passo tuttavia non precisa la natura, democratica

¹⁰ BELLINI, *op. cit.*, pp. 23-30.

¹¹ Cit. da TALLEN, *op. cit.*, p. 82, il quale, da parte sua, vi vede una vera testimonianza: “Devono testimoniare che è stato fatto tutto il possibile per richiamare il peccatore a conversione” (*ibid.*, p. 85).

¹² Cfr. K.L. SCHMIDT, in GLNT IV, 1490-1580.

o gerarchicamente strutturata, della comunità matteana e delle stesse sue assemblee. Scheuermann però ritiene di poter affermare che l'accentuazione della responsabilità del singolo o dei singoli nel processo di penitenza dice chiaramente che la comunità del vangelo di Matteo non conosceva ancora funzioni differenziate e nessuna guida responsabile e rileva che, da questo punto di vista, essa si differenzia dalla struttura rigorosamente gerarchica, con al vertice i sacerdoti, delle comunità qumraniche¹³. Di certo si chiede l'intervento di tutta l'assemblea: alla responsabilità individuale per la sorte del fratello peccatore si affianca ora quella sociale. Sullo sfondo appare che la comunità di Matteo era un *corpus mixtum*, in cui non mancavano membri peccatori, per il ricupero spirituale dei quali i suoi membri erano impegnati con spirito di fattiva solidarietà.

Infine, merita una parola il motivo del 'guadagnare' il fratello. L'immagine è antitetica a quella parallela della perdita. Se la risposta del fratello ammonito risultasse positiva ed efficace, il fratello ammonitore avrà il merito di averlo 'reintegrato' nella comunione fraterna, dopo che con la sua infedeltà se ne era escluso. Ma si può pensare anche al suo essere guadagnato alla salvezza.

Se ora passiamo a una breve analisi del v. 18, si deve subito rilevare che non si collega strettamente a quanto precede. Anzitutto qui abbiamo un'esplicita parola autorevole di Gesù, come indica la formula introduttiva: "In verità vi dico", e non una regola in forma casuistica. Ancor più, la piccola unità letteraria dei vv. 15-17 interessava il "tu" di ciascun 'fratello', mentre ora qui ci si rivolge al "voi" sociale della comunità cristiana. E anche l'oggetto cambia: là il dovere di aiuto solidale al fratello colpevole per 'acquistarlo', qui l'assicurazione che le prese di posizione della 'chiesa', siano di legamento che di scioglimento, sono garantite "in cielo", cioè da Dio stesso. Non c'è dubbio che è stato l'evangelista, o anche la sua fonte particolare, ad aggiungervi il v. 18, un'aggiunta non priva di effetti sulla comprensione della *correctio fraterna* dei vv. 15.17.

2. Intertestualità

L'ipotesi più accreditata che spieghi il materiale presente, in forma assai vicina, in Matteo e Luca e assente in Marco. è l'esistenza di una fonte comune, appunto la fonte Q, andata perduta ma postulata come chiave esplicativa del dato suddetto. Nel nostro caso il versetto 15 del cap. 18 di Matteo sembra

¹³ *Op. cit.*, p. 252.

avere, almeno parzialmente, il suo parallelo in Lc 17,3a: “Se avvenisse che il tuo fratello pecca, rimproveralo”, ma poi Matteo procede in modo diverso elencando gli altri due gradi di correzione fraterna, mentre Luca, e con lui, sembra, la fonte Q, continua sulla linea del perdono dell’offesa: “e se si pentirà perdonagli. Anche se peccasse sette volte al giorno contro di te e sette volte si rivolgesse a te dicendo: Mi pento, tu gli dovrai perdonare” (17,3b-4). Gli studiosi discutono se Matteo abbia ripreso da una sua tradizione la suddetta regola, oppure questa sia farina del suo sacco, dunque materiale redazionale.

Ma la questione non è poi così essenziale. Invece rilevante è che tale procedimento di correzione fraterna rientra, di certo, in un contesto di cultura giudaica e trova il suo naturale *Sitz im Leben* nella prassi di una comunità giudeo-cristiana. Ne fanno fede il ricorso ai due ‘o tre testimoni’, attestato in Dt 19,15 e l’espressione idiomatica “il gentile e il pubblicano” espressiva degli estranei alla comunità giudaica (cf. Mt 5,47; 6,7 per *ethnikos* e 5,46; 9,10-11; 11,19; 21,31 per *telônês*). Soprattutto ciò emerge da paralleli più o meno stretti che il testo matteo denuncia con testi qumranici, e uno studio intertestuale si rivela fecondo per capire al meglio il nostro passo.¹⁴

Anzitutto si deve fare riferimento al *Documento Damasceno* (CD 9,2-8.9) che, ispirandosi al passo biblico di Lev 19,18: “Non ti vendicherai né serberai rancore ai figli del tuo popolo” (v. 2), l’applica a ciascun membro della congregazione essenica che “porta contro il suo prossimo un’accusa che non è con rimprovero di fronte a testimoni, o che la porti quando è adirato o che la racconta ai suoi anziani perché lo disprezzino” (vv. 3-4). Poi, interpretando Lev 19,17: “Tu dovrai rimproverare il tuo prossimo per non incorrere nel peccato a causa sua” (v. 8), afferma che tale comandamento divino è disatteso nei seguenti casi: “Se mantenne il silenzio su di lui da un giorno all’altro, o, quando era adirato con lui, lo accusò di una colpa capitale” (vv. 6-7). In breve, il passo si cura di precisare giuridicamente il procedimento di rimprovero a un ‘fratello’ della congregazione essenica: deve essere fatto nello stesso giorno in cui se ne viene a conoscenza / “di fronte a testimoni” / con animo pacato e puro da intenzioni cattive. Come si vede, l’attenzione è tutta e solo sul procedimento regolare da seguire, perché la sentenza alla fine risulti legittima, conforme alle norme della legge mosaica.

Il secondo passo qumranico, CD 9,16-22, mette in campo la presenza di un’autorità, l’Ispettore. In concreto si occupa del caso che la trasgressione

¹⁴ Per la fonte si veda *Testi di Qumran*, a cura di F. GARCÍA MARTÍNEZ (ed. italiana a cura di C. MAR-TONE), Brescia, Paideia, 1996.

sia nota solo a un 'fratello', che è chiamato a intervenire; però non basta la sua denuncia, se ne richiede un'altra; che riguardi diverse mancanze "contro la Legge"; infine la pena comminata con tutti i crismi previsti – presenza necessaria di testimoni – concerne soltanto il declassamento che il disobbediente dovrà subire nella vita della comunità e nella sua struttura gerarchica. "Qualunque fatto in cui un uomo pecca contro la Legge, e il suo prossimo lo vede ed egli è solo: se è un fatto capitale, lo denuncerà in sua presenza, con rimprovero, all'Ispettore, e l'Ispettore lo ascriverà di sua mano fino a che lo commetta di nuovo in presenza di uno solo e lo denunci all'Ispettore; se ritorna ed è sorpreso in presenza di uno solo, il suo giudizio è completo; ma se sono due, uno e uno, quelli che testimoniano su un altro fatto, l'uomo sia separato soltanto dal puro cibo, se sono fededegni e nel giorno stesso in cui lo vide, lo deve denunciare all'Ispettore". Anche qui si tratta del rimprovero da farsi, delle condizioni imposte al denunciante e dei passi necessari da compiere perché la condanna finale sia legittima. Siamo sempre nell'ambito di un procedimento giuridico finalizzato alla sentenza di condanna.

Il terzo passo, dalla *Regola della Comunità* (1QS 5,25-6,1), anzitutto specifica con quale spirito si deve fare il rimprovero del vicino: secondo verità, con umiltà, animati da amore misericordioso (v. 25), e non "con ira o mormorando, o con dura [cervice o con invidioso] spirito maligno", né con odio, ma in piena conformità al dettato di Lev 19,17 (vv. 25b-26). Indica poi con precisione il procedimento disciplinare da mettere in atto, assai simile a quello di Mt 18,15-17; "nessuno porti una parola contro il suo vicino di fronte ai Molti a meno che non si tratti di un rimprovero di fronte a testimoni" (6,1). Prima di portare una denuncia contro un fratello davanti all'assemblea ("i Molti"), bisogna passare attraverso l'intervento di testimoni.

Le somiglianze sono chiare, ma non decisive, perché la prospettiva di Matteo e la prassi vigente nella congregazione essenica, di cui la comunità di Qumran è solo una forma, sono *toto coelo* diverse. Qui ci si cura del fatto che chi rimprovera segua un procedimento normativo e si muova con animo buono e onesto; il colpevole è visto solo come colui che ha dato il là al rimprovero e alla fine viene giustamente condannato. Invece in Matteo l'accento cade sullo scopo positivo della correzione fraterna, "il guadagno" del fratello che ha peccato, uno scopo da perseguire con prudenza e costanza, non tralasciando nessun mezzo che possa condurre a buon fine il compito responsabile del fratello 'ammonitore'. E l'esclusione di quello – non comunque una consegna al fuoco eterno, perché ciò potrà eventualmente essere l'esito del giudizio di Dio – è presentata come *extrema ratio*. L'interesse dell'evangelista è manifestamente per la corresponsabilità morale dei membri della comunità: ciascuno di essi è individualmente impegnato al ricupero del colpevole nella fraternità

ecclesiale. In una parola, la prassi essenica e quella della chiesa matteana del primo secolo sono sotto il segno rispettivamente di un procedimento giudiziario a regola d’arte e di un obbligo morale di solidarietà fraterna per il bene spirituale dell’altro.¹⁵

Per completezza della ricerca intertestuale sembra utile citare anche il *Testamento di Gad* 6,3-7, un apocrifo dell’Antico Testamento, non privo però di glosse cristiane: “Amatevi gli uni gli altri di cuore; e se uno pecca contro di te, parlagli in pace, senza nascondere inganno dentro di te; se poi si pente e confessa, perdonagli. Ma se nega, non bisticciare con lui, ché, se giurasse, tu faresti due peccati. (5) [Che nessun estraneo ascolti il vostro segreto durante l’alterco, affinché non ti odi, divenga tuo nemico e commetta (così) un grande peccato a causa tua, perché parlerà spesso di te con menzogne e si affaccerà intorno a te nel male, avendo ricevuto il veleno da te]. (6) Ma se negherà, perché si vergogna di essere convinto, lascialo in pace senza convincerlo; che colui che nega (in queste condizioni di spirito), si è pentito di averti fatto del male: avrà timore e starà in pace (con te). Se poi è spudorato e insiste nel male, anche in questo caso perdonagli di cuore e lascia la vendetta a Dio”¹⁶.

In campo protocristiano si possono citare dalle lettere paoline alcuni passi che testimoniano l’esistenza della prassi della correzione fraterna nelle comunità cristiane dei primi anni. Alla chiesa tessalonicense Paolo scrive, rivolgendosi a tutti i suoi membri: “ammonite (verbo *nouthetein*) gli sregolati” (1 Ts 5,14); ai credenti di Roma riconosce il merito di una prassi di correzione *reciproca*: “da voi stessi siete pieni di bontà, ricolmi di ogni conoscenza e capaci di ammonirvi (*nouthetein*) reciprocamente” (15,14); la sua sollecitazione in Gal 6,1 è la seguente: “nel caso che uno venga preso in fallo, voi che siete animati dallo Spirito, correggetelo (*katartizein*) con dolcezza”. Si aggiungano, dagli scritti della tradizione paolina pseudepigrafica, 2 Tess 3,14-15: “Se qualcuno non obbedisce a quanto diciamo con questa lettera, segnatele a dito: non familiarizzate con lui perché si vergogni; non trattatelo però da nemico, ma ammonitelo (*nouthetein*) come un fratello”; e Tit 3,10-11: “10 Dopo una prima e una seconda ammonizione (*nouthesia*) sta’ lontano dal fazioso, sapendo che tale individuo è perverso e pecca finendo per autocondannarsi”.

¹⁵ CARMODY, *op. cit.*, p. 153 afferma: “Osservare esattamente la legge è il motivo per i rimproveri nei testi essenici. Guadagnare un fratello ... è il motivo dei rimproveri in Matteo”.

¹⁶ Cit. da *Apocrifi dell’Antico Testamento*, a cura di P. SACCHI, vol. I, Torino, Utet, 1981, p. 875.

3. Contestualizzazione

Prendendo materiale da Marco, dalla fonte Q, da sue tradizioni particolari, ma imprimendo al tutto lo stampo della sua personalità letteraria, il primo evangelista ha composto con arte il cosiddetto discorso ecclesiale del cap. 18. Questo prende posto nei cinque discorsi, il cosiddetto pentateuco matteano, che strutturano e qualificano l'opera: oltre quello abbiamo, quindi, il discorso della montagna (capp. 5-7), il discorso missionario (cap. 10), il discorso parabolico (cap. 13), il discorso apocalittico (capp. 24-25). Se nella prima parte del cap. 18 motivo qualificante è la responsabilità pastorale verso "i piccoli" (*hoi mikroi*), cioè i membri della comunità marginali, facili ad essere scandalizzati e fuorviati dalla retta strada, la seconda, che inizia appunto con il nostro brano, ha al suo centro "il tuo/ il mio fratello" (vv. 15-17.21.35), da ammonire perché si corregga (18,15-17) e da perdonare generosamente quando offende (18,21-22 e 23-35).

Prendendo in considerazione la seconda parte del capitolo, si può pensare che Matteo sia partito dalla fonte Q, come si è detto sopra, in ogni modo ha abbinato due motivi tematici: correzione fraterna in ordine al recupero del fratello 'peccatore' (18,15-17) e riconciliazione con il fratello offensore, articolata in due momenti: regola generale del perdono e parabola illustrativa del dovere del perdono fraterno (18,21-22 e 23-35). A noi qui interessa lo sviluppo del motivo della correzione fraterna, vista in tre momenti, probabilmente in linea con una prassi vigente nella sua comunità: a tu per tu, davanti a testimoni, davanti alla locale assemblea ecclesiale. Di fatto, o per sua iniziativa personale o anche per fedeltà alla sua tradizione, sono stati aggiunti tre detti di Gesù di difficile origine gesuana: il primo sul potere di legare e sciogliere dell'assemblea ecclesiale (v. 18), il secondo concernente la sicura efficacia della supplica concorde di due credenti (v. 19) e il terzo riguardo alla promessa presenza del risorto, inteso come nuova Shekinà, quando due o tre (comunità domestica) si riuniscono nel suo nome (v. 20).

Ora si nota che il rapporto di questi versetti con il nostro brano appare un po' labile: infatti sparisce del tutto dalla scena il tu del singolo credente e in primo piano appare la comunità cristiana locale riunita, che nelle sue decisioni è divinamente dotata di piena autorità, nella preghiera concorde anche solo di due 'fratelli' ne ottiene l'esaudimento da parte del Padre, beneficia della presenza salvatrice del Cristo risorto quando si riunisce anche solo in forma minimale. In particolare il nostro interesse cade sul v. 18 che è collegato con l'unità letteraria dei versetti precedenti. L'immagine di stampo rabbinico di sciogliere e legare indica, in generale, il potere di dichiarare ciò che è lecito e quello che non lo è (potere 'magisteriale') o anche il potere di estromettere

dalla comunità e di introdurre in essa (potere ‘disciplinare’)¹⁷. Ora è solo questo secondo potere che appare congruo nel contesto.

Nel suo lavoro redazionale di composizione Matteo svela così il suo intento di attribuire all’assemblea ecclesiale il potere di scomunica nel caso estremo che il colpevole non si ravveda. Lo dice il fatto, ripeto, che subito dopo la conclusione fallimentare della correzione è stato aggiunto il detto: “In verità vi dico: Quanto avrete legato sulla terra, sarà legato in cielo e quanto avrete sciolto sulla terra sarà sciolto in cielo”. L’evangelista intende affermare che le prese di posizione dell’assemblea ecclesiale sono confermate da Dio; nel contesto la decisione assembleare di scomunicare il peccatore cocciuto ha valore semplicemente divino. Si noti l’evidente scivolamento di prospettiva che non appare impossibile né difficoltoso ammettere per testi risultanti da un complesso processo di formazione: nel testo matteano 18,15-17 +18 la correzione fraterna da individuale diventa, nel terzo stadio, sociale e comunitaria: è l’assemblea ecclesiale che, chiamata in causa dall’appello del fratello ammonitore, interviene a risolvere il problema e, nel caso di cocciuta resistenza del fratello peccatore, a escludere dalla comunità.

Penso dunque che si debba distinguere tra tradizione, contenuta in 18,15-17, e redazione matteana, dell’evangelista o anche della sua particolare fonte orale o scritta (M), che si è espressa nel collegamento del v. 18 con i versetti precedenti. In quella la correzione fraterna è una ‘regola’ diretta al singolo ‘fratello’ e anche quando questi, per dare massimo peso alla sua azione tesa a guadagnare il confratello che ha peccato, ricorre alla locale assemblea ecclesiale, questa non emette alcun verdetto di scomunica: è nella rete dei rapporti interpersonali che il fratello impenitente deve essere trattato alla stregua dei gentili e dei pubblicani. Invece nella redazione matteana, la cui mano risulta evidente, a causa dell’aggiunta e del collegamento del v. 18 con quanto precede, altrettanto chiaramente si ha l’indicazione di un’assemblea ecclesiale locale che scomunica l’impenitente (“in terra”) con un potere garantito da Dio stesso (“in cielo”).

Ed è con sorpresa che constatiamo questa prassi della comunità di Matteo; questa stride fortemente con la memoria di Gesù, che accoglieva i pubblicani e per questo era accusato dai suoi critici di essere “amico dei pubblicani e dei peccatore pubblici” (Lc 7,34 e Mt 11,19). Non si può non concludere che il radicalismo di Cristo è stato messo da parte dalla chiesa di Matteo, di certo sollecitata dalla necessità di far fronte a gravi situazioni d’infedeltà cristiana dei ‘fratelli’.

¹⁷ Cf. GLNT II, 894-896.

Non credo invece che i detti dei vv. 19 e 20 sulla supplica concorde di due fratelli e sulla presenza del Signore in mezzo alla minuscola comunità domestica, due o tre riuniti nel suo nome, siano stati aggiunti per qualificare la correzione fraterna. Di conseguenza possiamo qui prescindere.

Il valore della tradizione dottrinale: riappare dall'oblio il Manuale di Antonio Traverso

ANTONIO FUCILLO

Il dibattito sui contenuti culturali del diritto ecclesiastico è da sempre vivo e vitale¹.

Così come per altri “settori” disciplinari, anche nel nostro si contrappongono coloro che, fedeli alla tradizione dottrinale della materia, ne difendono contenuti e metodologie, a coloro che, invece, ne propongono una radicale trasformazione, conforme alla mutata (multiculturale e multireligiosa) società attuale².

Sul presupposto che il confronto è essenziale in ogni settore della scienza, ed addirittura indefettibile nelle scienze giuridiche, un contributo allo sviluppo del dibattito in essere, può venire dalla rilettura di grandi opere del passato, che costituiscono comunque la base culturale del nostro sapere e, quindi, dei suoi sviluppi futuri. Anche allo scopo di cogliere come, in relazione ai problemi che furono si poneva la dottrina, con lo stupore poi di verificare come molte questioni resistano all'incedere del tempo, cambiando a volte solo la prospettiva di verifica culturale³.

La storia del diritto ecclesiastico è costellata di grandi personaggi, tutti

¹ *Ex plurimis*, LUIGI DE LUCA, *Il concetto del diritto ecclesiastico nel suo sviluppo storico*, Padova, Cedam, 1946; AA.VV., *Dottrine generali del diritto e diritto ecclesiastico*, Napoli, 1988; SILVIO FERRARI, *Ideologia e dogmatica nel diritto ecclesiastico italiano, Manuali e Riviste (1929-1979)*, Milano, 1979; AA.VV., *L'insegnamento del diritto ecclesiastico nelle Università italiane*, a cura di MARCO PARISI, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2002; AA.VV., *Il nuovo volto del diritto ecclesiastico italiano*, a cura di GIOVANNI B. VARNIER, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2004.

² Oltre al cit. volume AA.VV., *Il nuovo volto del diritto ecclesiastico italiano*, cfr. MARIA CRISTINA FOLLIERO, *Questo diritto ecclesiastico*, in *Dir. eccl.*, 2001, I, p. 835 ss.; GIUSEPPE CASUSCELLI, *Le attuali prospettive del diritto ecclesiastico italiano*, in *Dir. eccl.*, 2005, I, p. 13 ss. Inoltre, cfr., SERGIO FERLITO, *Le religioni, il giurista e l'antropologo*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2005.

³ Essendo diversi, ovviamente, gli strumenti a disposizione dell'Autore, nonché distinto da quello attuale, il tessuto sociale interessato.

più o meno noti, ma è straordinario verificare come la disciplina giuridica del fenomeno religioso, abbia appassionato anche intellettuali inizialmente non direttamente coinvolti (per formazione culturale e di scuola) nelle dinamiche della materia.

Rimasi, quindi, estremamente sorpreso, quando, nel consultare il catalogo di una libreria antiquaria, lessi che in offerta vi era una copia delle *“Lezioni di Diritto Ecclesiastico del Prof. Antonio Traverso”*.

Il mio atteggiamento era giustificato dalla circostanza che, nonostante la Scuola napoletana si sia da sempre caratterizzata per una certa attenzione nello studiare e rileggere il pensiero dei *Maestri* che furono⁴, del Prof. Antonio Traverso non avevo mai sentito parlare.

Decisi, tuttavia, di acquistare il volume, anche nella consapevolezza della grande tradizione “manualistica” della disciplina⁵.

Dalla lettura della *“prima di copertina”*, appresi che si trattava di una dispensa edita dalla Regia Università di Genova, e che il volume conteneva le lezioni dettate dal Prof. Traverso nell’Anno Accademico 1909-1910.

Chiesi, dunque, notizie *“ratione loci”* a Giovanni Battista Varnier, il quale mi ha cortesemente informato che effettivamente Antonio Traverso ha insegnato diritto ecclesiastico a Genova e che, tuttavia, da una ricerca da questi effettuata, tale volume non era presente nella biblioteca del competente dipartimento di tale Università.

La mia curiosità è diventata ancora più marcata, nel momento in cui ho consegnato una copia del suddetto manuale a Mario Tedeschi che, nonostante i suoi innumerevoli studi sui Maestri del passato e sulla tradizione dottrinale della materia⁶, non lo conosceva.

A questo punto, assumendomi sia il *“merito”* (del tutto casuale, per la verità) della scoperta⁷, che il *“privilegio”* di rileggere una tale opera per molti caduta nell’oblio, ho deciso di darne notizia alla Disciplina, ovvero a coloro che non la ricordano direttamente.

Il Manuale consta di 493 pagine dattiloscritte, e reca una data di stesura *“Genova 28 maggio 1910”*. Non ha un indice, per cui più che un manuale in senso classico è qualificabile proprio quale *“dispensa ad uso didattico”*.

⁴ Per la verità, unitamente a tutte le grandi Scuole della disciplina.

⁵ Bene riassunta in FRANCO EDOARDO ADAMI, *La manualistica italiana di diritto ecclesiastico negli ultimi quarant'anni*, in *Dir. eccl.*, 2002, I, p. 1286 ss.

⁶ MARIO TEDESCHI, *La tradizione dottrinale del diritto ecclesiastico*, Cosenza, Pellegrini Editore, 2007.

⁷ A me tale è apparsa, pur essendo consapevole che magari l’opera è già ad alcuni nota.

In effetti, nei Manuali dell'epoca, la tecnica della "dispensa" era piuttosto diffusa, penso ad esempio alle lezioni di Simoncelli⁸, ed è presumibile che la scarsa diffusione ai nostri giorni dell'opera, derivi proprio dalla sua assenza dai cataloghi delle case editrici.

La lettura del volume, mi ha riservato notevoli sensazioni.

Il contenuto delle "lezioni" di Antonio Traverso è magistrale, stimolando ulteriormente l'interesse per l'evoluzione dei contenuti metodologici e scientifici della materia.

Il dato non mi sorprende, mi è stato da sempre insegnato che, particolarmente in quell'epoca, la Materia era appannaggio di studiosi di altissimo profilo culturale, e sovente si trattava di un insegnamento di "secondo livello", al quale cioè si arrivava spesso da altre discipline curricolari, e per un diretto interesse scientifico.

Difatti, Antonio Traverso, dalla fine dell'800 insegnava, presso l'Università di Genova, Storia del diritto⁹, ed era inoltre pervaso da notevole enfasi politica, risultando, ad esempio, tra i firmatari del Manifesto che alcuni intellettuali europei, rivolsero allo Zar di tutte le Russie, a favore del Gran Ducato di Finlandia (nell'anno 1889)¹⁰.

Dopo una compendiosa parte "storica" e canonistica, nella quale l'Autore sintetizza in modo esemplare le principali vicende storico-giuridiche della Chiesa cattolica, ed il suo rapporto con l'autorità politica, il Traverso entra nel merito delle forme di relazione tra potere statale e confessionale, approfondendo in tale prospettiva le teorie "curialiste", quelle "giurisdizionaliste" e quelle "contrattualiste", propendendo, con grande modernità, per queste ultime. Tuttavia, con la sua sensibilità, il Maestro osserva che la teoria contrattualista ha un limite, nel dovere passare necessariamente attraverso il riconoscimento della autorità statale¹¹, unica dotata della forza necessaria a garantirne il rispetto dei contenuti (pp. 47-49).

Di qui la sua soluzione, che l'accordo costituisca la base di una legge (pp. 49-50), dalla quale ricavare la sua "obbligatorietà", sulla base di una originale estensione alle problematiche ecclesiasticistiche del sistema della concertazione. Non si può non notare la modernità della sua soluzione, simile negli

⁸ Ad esempio, nell'edizione del 1903-1904, (da me consultata).

⁹ Percorso comune, ad esempio, a CARLO CALISSE, cfr. il suo *Diritto ecclesiastico*, Firenze, Barbera, 1903.

¹⁰ Il documento, nella sua completa estensione, è consultabile in www.histdoc.net/pro/french.html.

¹¹ In quell'epoca, era al di là da venire lo sviluppo del concetto di "accordo", e la sua vincolatività, proposto dai civilisti e dagli internazionalisti, soprattutto in relazione alla sussidiarietà.

effetti a quella che sarà poi recepita (almeno secondo la prevalente dottrina) dagli articoli 7, comma 2, ed 8, comma 3, della vigente Costituzione.

L'attenzione e la cura con le quali il Traverso ha sviluppato le Lezioni, denotano, inoltre, una notevole sensibilità non solo verso gli aspetti canonistici (piuttosto diffusa allora), ma anche verso una serie di problematiche pratiche e concretamente operative, che denotano soprattutto l'interesse alla soluzione dei problemi pratici che il difficile rapporto tra diritto civile e diritto confessionale creava in quegli anni in Italia.

Desidero sottolineare l'impostazione "nuova" che il Traverso dà a tutte le problematiche patrimoniali del diritto ecclesiastico dell'epoca, dedicandovi una parte corposa delle Lezioni, nonché continui riferimenti di teoria generale.

Si affrontano, infatti, tutti i maggiori problemi: dai benefici ecclesiastici, alla amministrazione del patrimonio culturale, alle varie categorie di beni, al rapporto tra diritto civile patrimoniale e regole gestionali della Chiesa, al finanziamento degli enti ecclesiastici e dei ministri del culto.

D'altra parte, la legislazione pre-concordataria in materia ecclesiastica, era assolutamente complessa, con una notevole attenzione proprio alla materia patrimoniale¹².

Si affrontano anche argomenti nuovi, come la questione delle liberalità a favore della Chiesa, ed una singolare ricostruzione del "patrimonio sacro" e delle *pie fondazioni*, delle quali evidenzia la innovativa natura di "patrimoni destinati". Così come, adeguata attenzione è riservata a tematiche più classiche, come la questione delle decime¹³.

Straordinaria è la capacità di Traverso di attualizzare (ovviamente per il 1910) le problematiche generali attese alla libertà religiosa della Chiesa all'interno dello Stato, alla luce della legislazione civilistica, e quindi il suo obiettivo di verificare la resistenza del diritto confessionale all'interno dello Stato, ma anche l'interpretazione di quest'ultimo alla luce dei principi confessionali.

Antonio Traverso, difatti, nel trattare di patrimonio sacro si pone, ad esempio, il problema della compatibilità con l'istituto civilistico della legittima, così come parlando della utilizzazione dei beni ecclesiastici si pone il problema

¹² A testimonianza, basta riferirsi a Il *Codice ecclesiastico*, edito dalla UTET di Torino nei suoi "codici per l'udienza", che vantava numerose edizioni, e notevole diffusione tra i professionisti del diritto. L'edizione del 1921 (III), era composta da ben 580 pagine.

¹³ Si pensi, che nonostante siano trascorsi quasi 100 anni, il problema è ancora rilevante, anche sotto il profilo professionale. In tema, cfr. ANTONIO FUCCILLO, *Il particolare caso dei livelli ecclesiastici tra proprietà apparente ed apparenza di proprietà*, in AA.VV., *Apparenza, pubblicità, legittimazione. Studi di interesse notarile*, a cura di GUIDO E GIUSEPPE FUCCILLO, Napoli, Jovene, 2004, p. 29 ss.

della loro usucapibilità, e dell'esercizio delle azioni di possesso (art. 634 c.c. 1865), il tutto a conferma della sua straordinaria sensibilità civilistica.

Addirittura, del tutto innovativa per l'epoca è, ad esempio, la parte dedicata all'educazione religiosa, ove affronta la questione della *“Laicizzazione delle scuole Primarie o Elementari”*.

Scrive il Traverso: *“Se l'obbligo di educare il bambino, che un giorno apparteneva alla famiglia, è ora passato allo Stato, non si capisce perché lo Stato debba a tutti imporre una sola religione: non si dice che debba avere un'istruzione atea, ma che faccia astrazione da ogni obbligo religioso, da ogni religione imposta: ogni genitore deve essere libero di fare insegnare al bambino la religione che meglio crede, senza aver affatto l'obbligo di fare inculcare al figlio idee religiose completamente contrarie alle sue”*. Tuttavia, l'Autore, pur individuando con notevole intuito e lungimiranza il problema, conclude affermando (in ciò condizionato dal vigente quadro istituzionale): *“ma, del resto, questa è una questione più politica che legale: ed a noi non sembra quindi opportuno il dilungarci troppo su di essa”*.

Non si può non notare (ovviamente riferendo il discorso ai giorni nostri) l'assoluta modernità delle problematiche ivi affrontate dall'Autore. Siamo, infatti, in periodo di vigenza della “religione di Stato”¹⁴, e lontani anni luce dal dettato della vigente carta costituzionale.

Certo, un Manuale di quell'età, interpretato rigidamente secondi i nostri schemi culturali, potrebbe subire la facile critica della non assoluta separazione dalle problematiche canonistiche, così come di una evidente attenzione verso l'immanenza del fenomeno religioso e l'eticità in generale dell'Autore¹⁵. La sensibilità, tuttavia, che il Traverso ha verso il diritto comune influenzato dal fenomeno religioso, rende assolutamente affascinante la lettura del volume, che risulta originale per il momento storico nel quale viene elaborato.

Il contenuto del volume, quindi, rappresenta una felice sintesi tra diritto statale e diritto confessionale (canonico), presente in tutti gli argomenti affrontati, con una metodologia basata prevalentemente sul confronto tra le diverse posizioni, ma anche sul presupposto che il fenomeno religioso è parte della società civile e vive e si sviluppa all'interno delle regole di questa. È già presente nel lavoro del Traverso, l'originalità metodologica del diritto

¹⁴ Lo Statuto Albertino (Regno di Sardegna e Regno d'Italia) [4 marzo 1848].

“Art. 1. - La Religione Cattolica, Apostolica e Romana è la sola Religione dello Stato. Gli altri culti ora esistenti sono tollerati conformemente alle leggi.

¹⁵ Ottimamente presenti, inoltre, anche nell'attuale dibattito dottrinale, cfr. SALVATORE BERLINGÒ, *I vincoli etici nell'esperienza giuridica contemporanea. Alcune riflessioni introduttive, in Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, febbraio, 2007.

ecclesiastico italiano, caratterizzata dall'armonizzazione tra esigenze religiose e diritto comune, che ne costituisce oggi giorno uno dei suoi principali valori e, forse, la più rilevante “scoperta” della disciplina.

Grande è una scienza se grande è anche la sua tradizione dottrinale, e la lettura di testi come quello di Antonio Traverso dimostrano non solo la grandezza dei Maestri della Disciplina, ma anche l'attualità dei contenuti e quindi dell'oggetto del diritto ecclesiastico¹⁶.

¹⁶ MARIO TEDESCHI, *Sulla scienza del diritto ecclesiastico*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 43 ss.

Diritto e religioni

PARTE II

Presentazione

In questo numero vengono pubblicate tre sentenze di tre diversi TAR.

La sentenza n. 739/2007 del TAR per la Campania (con nota della dott.ssa D'Amico) verte sull'esenzione dall'obbligo di pagare il contributo concessorio per un'opera di pubblico interesse eseguita da enti istituzionalmente competenti, ex art. 9, lettera f), legge 28 gennaio 1977, n.10.

La sentenza n. 3015/2007 del TAR per la Puglia (con nota della dott.ssa Ciotola) tratta dell'istanza di accesso alla documentazione clinica del proprio coniuge motivata dall'esigenza di supportare con elementi probatori un'azione di nullità matrimoniale. Detta sentenza richiama i principi già enunciati in precedenza in due sentenze del TAR Campania e del Consiglio di Stato, già edite in questa *Rivista*, 2007, n. 4.

Infine, nella terza sentenza, la n. 2512/2007 del TAR per l'Emilia-Romagna, che tratta del riconoscimento della personalità giuridica degli enti ecclesiastici acattolici, viene sancito che la mancata previsione statutaria di ministri di culto può comportare il diniego del riconoscimento della personalità giuridica civile come ente di culto.

Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Sez. VIII di Napoli, 29 gennaio 2007, n. 739

Contributi Concessori - Esonero enti istituzionalmente competenti - Istituto Diocesano Sostentamento Clero - Insussistenza - Ragioni

Ai fini dell'esenzione contributiva ex art. 9 lett. f) L. 10/77, occorre che l'opera da costruire sia pubblica o d'interesse pubblico e venga realizzata o da un ente pubblico o da altro soggetto per conto di un ente pubblico come nel caso della concessione di opera pubblica o di altre analoghe figure organizzative (ex plurimis C.d.S. Sez. V, 10.5.99 n. 536; 7.9.95 n. 1280). Non si ravvisano nè il criterio oggettivo (opera pubblica od opera destinata a soddisfare bisogni della collettività), nè quello soggettivo (opera realizzata da un'amministrazione pubblica o da soggetto privato per conto di una p.a.) nella fattispecie relativa ad un IDSC ritenuto quale soggetto a personalità giuridica privo di alcun collegamento con la pubblica amministrazione; tale circostanza è sufficiente per escludere il riconoscimento del beneficio, in considerazione anche della specifica tipologia di opera in questione (struttura sportiva polivalente) e della sue concrete modalità di fruizione

Omissis (...)

FATTO

Con il ricorso (...), parte ricorrente domanda l'accertamento negativo dell'obbligo di pagare il contributo concessorio, nonché il riconoscimento del diritto alla restituzione delle somme indebitamente versate in ragione della duplice caratterizzazione oggettivo-soggettiva della fattispecie in esame, venendo in rilievo un'opera di pubblico interesse eseguita da enti istituzionalmente competenti, con conseguente diritto all'esenzione dagli oneri concessori, ex art. 9, lettera f), legge 28 gennaio 1977, n.10;

Costituitasi l'amministrazione resistente, sostiene la legittimità del proprio operato in ragione della concreta destinazione del bene in questione e delle sue modalità di utilizzo, chiedendo il rigetto del ricorso in quanto infondato.

(...)

DIRITTO

Il ricorso è infondato e va respinto per le ragioni che seguono.

La questione all'esame concerne l'applicabilità dell'art. 9, c. 1 lett. f), della L. 28.1.1977 n. 10 alla struttura sportiva polivalente di proprietà dell'Istituto Diocesano di Sostentamento del Clero di (...).

Alla lett. f del comma 1 richiamato l'esenzione dal contributo concessorio è prevista per "gli impianti, le attrezzature, le opere pubbliche e d'interesse generale realizzate dagli enti istituzionalmente competenti nonché per le opere di urbanizzazione, eseguite anche da privati, in attuazione degli strumenti urbanistici".

Nella specie l'opera – riconducibile al genus di struttura pubblica di quartiere e verde attrezzato – è di un ente avente la qualifica di "ente ecclesiastico civilisticamente

ricosciuto con Decreto del Ministero degli Interni ed iscritto nel registro delle persone giuridiche della Prefettura di (...)” ed insiste in un’area compatibile con lo strumento urbanistico vigente.

Orbene gli elementi predetti, secondo l’avviso del Collegio, non sono sufficienti per il riconoscimento dell’esenzione dal contributo concessorio.

Ed invero ai fini dell’esenzione contributiva ex art. 9 lett. f) L. 10/7, occorre che l’opera da costruire sia pubblica o d’interesse pubblico e venga realizzata o da un ente pubblico e da altro soggetto per conto di un ente pubblico come nel caso della concessione di opera pubblica o di altre analoghe figure organizzative (ex plurimis C.d.S. Sez. V, 10.5.99 n. 536; 7.9.95 n. 1280). Facendo applicazione di tali principi ritiene il Collegio che nella specie non si ravvisano né il criterio oggettivo (opera pubblica od opera destinata a soddisfare bisogni della collettività), né quello soggettivo (opera realizzata da un’amministrazione pubblica o da soggetto privato per conto di una p.a.).

In disparte i pur significativi profili attinenti all’immobile di cui è causa ed alla relativa modalità di gestione, fatto oggetto di un contratto di gestione per anni 9 stipulato dall’odierno ricorrente I.D.S.C e la Ciolla s.p.a. con un corrispettivo complessivo di £. 1.290.000.000, è pacifico che l’ente proprietario dell’immobile è un soggetto a personalità giuridica privo di alcun collegamento con la pubblica amministrazione; tale circostanza è sufficiente per escludere il riconoscimento del beneficio, in considerazione anche della specifica tipologia di opera in questione (struttura sportiva polivalente) e della sue concrete modalità di fruizione.

Altra questione posta riguarda la verifica diretta ad accertare la ricorrenza della fattispecie prevista dalla seconda parte dell’art. 9, comma 1 lett. f), della L. 10 del 1977 e cioè se l’opera di cui trattasi possa essere considerata un’opera “di urbanizzazione” eseguita in attuazione di strumenti urbanistici.

Sul punto va osservato che, per essere esente da contributo, l’opera di urbanizzazione deve essere specificatamente indicata come tale nello strumento urbanistico, anche attuativo (C.d.S. Sez. V, 21.1.97 n. 69). Nel caso in esame la realizzazione dell’opera de qua è certamente conforme agli strumenti urbanistici vigenti; non è tuttavia espressamente contemplata come tale dagli strumenti urbanistici.

Deve, pertanto, escludersi la riconducibilità del caso alla fattispecie normativa.

In conclusione alla stregua di quanto precede il ricorso respinto.

(...)

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, sez. VIII[^] di Napoli, definitivamente pronunciando,

a) respinge il ricorso in epigrafe;

(...)

Ordina che la presente Sentenza sia eseguita dall’Autorità Amministrativa.

(...)

Oneri di costruzione ed opere realizzate da enti ecclesiastici

FLAVIANA MARGHERITA D'AMICO

1. Premessa: i termini della questione ed il quadro normativo di riferimento

Con la decisione in esame (T.A.R. Campania, Sez. VIII, sentenza del 29 gennaio 2007, n. 739, in www.giustizia-amministrativa.it) si arricchisce di un nuovo tassello la complessa questione volta a stabilire se la Pubblica amministrazione, in sede di rilascio di un titolo edilizio in favore di un ente ecclesiastico per la realizzazione di costruzioni, possa legittimamente imporre il pagamento della componente del contributo di concessione correlata al costo di costruzione.

Sul piano normativo, occorre premettere che il contributo per il rilascio della concessione edilizia (ora permesso di costruire) imposto dalla legge 28 gennaio 1977, n. 10 (art. 3; v. ora art. 16 d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380) e commisurato agli oneri di urbanizzazione, ha carattere generale perché prescinde totalmente dall'esistenza, o meno, delle singole opere di urbanizzazione; esso ha natura di prestazione patrimoniale imposta e viene determinato indipendentemente sia dall'utilità che il concessionario ritrae dal titolo edificatorio sia dalle spese effettivamente occorrenti per realizzare dette opere¹.

Ora, per quanto riguarda il contributo di costruzione da corrispondere per la realizzazione di opere di interesse generale, viene in rilievo la previsione esonerativa di cui all'art. 9, lett. f, della legge 28 gennaio 1977 n. 10 (oggi trasfuso nell'art. 17, comma 3, lett. c, del D.P.R. 6 giugno 2001 n. 380, recante il Testo Unico dell'Edilizia), a mente del quale "Il contributo (per il rilascio della concessione) ... non è dovuto: ... f) per gli impianti, le attrezzature, le opere pubbliche o di interesse generale realizzate dagli enti istituzionalmente competenti nonché per le opere di urbanizzazione, eseguite anche da privati, in attuazione di strumenti urbanistici".

Discussa appare la portata operativa di siffatta previsione normativa con particolare riferimento al caso, quale quello di specie, in cui il duplice carattere soggettivo ed oggettivo, cui viene subordinato il diritto all'esenzione, debba valutarsi con riferimento a soggetti investiti della funzione di sostegno e promozione dell'attività di culto.

Ed, invero, secondo giurisprudenza ormai pacifica ed ulteriormente confermata dalla decisione in commento, nell'ipotesi considerata da questa disposizione, lo speciale regime di gratuità della concessione edilizia richiede il concorso di due requisiti, l'uno di carattere soggettivo e l'altro di carattere oggettivo.

¹ Cfr. Cons. Stato, sez. V, dec. 6 maggio 1997, n. 462, in *Foro Amm.*, 1997, p. 1375 ed in *Cons. Stato*, 1997, I, p. 697 (s.m.); per la natura tributaria di tale prestazione, v., altresì, C.G.A.R.S., dec. 5 maggio 1999, n. 203, in *Appalti Urbanistica Edilizia*, 2001, p. 91.

Il primo consiste nell'esecuzione delle opere da parte di enti "istituzionalmente competenti", vale a dire da parte di soggetti ai quali la realizzazione dell'opera sia demandata in via istituzionale; il secondo, dall'ascrivibilità del manufatto oggetto di concessione edilizia alla categoria delle opere pubbliche o di interesse generale.

Si è rilevato, infatti, che l'espressione «opere pubbliche o di interesse generale realizzate dagli enti istituzionalmente competenti» rende in sostanza il concetto di «opera pubblica», che è appunto opera di interesse generale realizzata da un ente pubblico nell'ambito delle proprie competenze istituzionali. Essa, pertanto, è stata riferita anche ad un'opera realizzata da un soggetto privato, purché per conto di un ente pubblico, come nella figura della concessione di opere pubbliche o in analoghe figure organizzative². In particolare, con riguardo al profilo soggettivo, come chiarito in giurisprudenza³, la disposizione in argomento si rivolge, oltre che agli enti pubblici, a quelle figure soggettive che non agiscono per esclusivo scopo lucrativo o che accompagnano al lucro soggettivo un collegamento giuridicamente rilevante con l'amministrazione, sì da rafforzare il legame istituzionale con l'azione del soggetto pubblico per la cura degli interessi della collettività. Tale raccordo, peraltro, deve essere idoneo ad assicurare, grazie alla presenza del soggetto pubblico, un contemperamento dell'obiettivo privatistico dell'esecutore dell'opera col fine pubblicistico realizzato.

Di qui la problematicità connessa al particolare status dell'ente ecclesiastico per il quale le tradizionali categorie dogmatiche di "soggetto privato" e di "attività con scopo di lucro" non appaiono immediatamente riferibili nei medesimi termini con cui vengono utilizzate con riguardo ad altri esecutori di opere di pubblico interesse.

2. La vicenda processuale

L'Istituto diocesano per il sostentamento del clero (I. D. C. S.) di Caserta, proprietario di un fondo sito in Caserta tipizzato dal vigente strumento urbanistico come zona F3 "Verde pubblico attrezzato", a seguito di istanza volta ad ottenere una concessione edilizia per la costruzione di una struttura pubblica di quartiere e verde attrezzato, ebbe a pagare i pagamenti di oneri di urbanizzazione e dei diritti di segreteria nella somma quantificata dalla Ripartizione urbanistica del Comune di Caserta, precisando di aver comunque diritto all'esenzione degli oneri di cui innanzi ai sensi dell'art. 9 della L. n. 10/77 e di aver effettuato i pagamenti solo ed esclusivamente per evitare ulteriori lungaggini di tempo, con contestuale richiesta di rimborso di quanto corrisposto. A fronte di una nota di rigetto di tale richiesta da parte della Ripartizione Urbanistica del Comune interessato (a mente della quale, in ragione di una convenzione stipulata con una società per azioni per la gestione della struttura, quest'ultima viene destinata a produrre reddito al gestore ed al proprietario del fondo, di tal che la richiesta di rimborso degli oneri concessori è subordinata alla

² Cfr., su tutta la materia, Cons. Stato, Sez. V, dec. 2 dicembre 2002, n. 6618 in *Foro amm. CDS*, 2002, p. 3199 (s.m.); id., dec. 10 luglio 2000, n. 3860; id., dec. 6 dicembre 1999 n. 2061; id., dec. 10 maggio 1999, n. 536; id., dec. 4 maggio 1998, n. 492; id., dec. 29 settembre 1997, n. 1067; id., dec. 7 settembre 1995, n. 1280; id., dec. 10 dicembre 1990, n. 857.

³ T.A.R. Campania Napoli, sez. II, sent. 27 giugno 2005, n. 8696, in *Foro amm. TAR*, 2005, 6, p. 2123.

dimostrazione da parte dell'I. D. C. S. che le opere previste in concessione edilizia non siano realizzate a fini di lucro, ma solo per pubblica utilità”, l'istituto, nel contestare ed impugnare tale determinazione, con diffida ribadisce il proprio diritto al rimborso sulla scorta di tale duplice considerazione

a) L'istituto diocesano per il sostentamento del clero è un Ente istituzionale competente anche alla realizzazione di opere di interesse generale ed utilizzabili dalla generalità dei cittadini (“Gli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti possono svolgere attività diversa da quella di religione o di culto ...” art. 14 Legge 20 maggio 1985 n. 222)

b) Il fondo, oggetto della concessione in questione, rientra tra i beni ecclesiastici il cui fine è quello di sostentamento dei ministri (canone 1254, 2 del *Codex*). Nella realizzazione e nella gestione della struttura pubblica in esame non vi è alcun scopo di lucro, sia per la natura stessa dell'istituto sia perché il vantaggio non è economicamente valutabile in quanto è assente *in re ipsa* un utile con relativa distribuzione. Inoltre, del tutto legittimo appare l'affidamento della gestione della struttura ad una società privata la quale, in virtù del rapporto di concessione, agisce in sostituzione dell'istituto Diocesano.

In assenza di una definitiva risposta al riguardo, l'I.D.S.C notificava e depositava presso il Tribunale Amministrativo per la Campania (avente giurisdizione esclusiva sulla materia ex art 17 L. 10/77, attualmente confluito nell'art. del d.P.R. 380/2001 recante il Testo Unico per l'edilizia) un ricorso nel quale, reiterando le argomentazioni già esposte in sede di atto di diffida, chiedeva di accogliersi la propria domanda di esenzione dal pagamento del contributo di costruzione in esame con condanna dell'amministrazione comunale al rimborso della somma già versata oltre interessi legali e rivalutazione monetaria dal dovuto e fino all'effettivo soddisfo.

Con memoria si costituiva il Comune di Caserta il quale, concludendo per il rigetto del ricorso, da un lato, evidenziava come l'esistenza di un rapporto tra il concedente I.D.S.C. e la società concessionaria si sostanziava, quanto all'oggetto, nell'obbligo di effettuare prestazioni e controprestazioni nell'ambito di un sinallagma contrattuale riferito allo sfruttamento economico del bene; e dall'altro, come tale vicenda, con il possesso del bene trasferito ad un altro soggetto, comporta che l'attività propria dell'Istituto veniva contrattualmente sottratta a quest'ultimo ed affidata ad altro soggetto per un'utilizzazione a fini di lucro (anche per recuperare le risorse finanziaria investite nell'operazione), cosicché, nel momento in cui l'opera di interesse generale non viene più utilizzata dall'ente bensì impiegato da altro soggetto che agisce con finalità ricollegabili alla sua natura imprenditoriale, l'operazione assume la configurazione di mera attività economica (alla stregua della figura *uti privatorum* di un soggetto proprietario di un bene appartenente al patrimonio disponibile) e, come tale, idonea a far venir meno l'esistenza dei presupposti posti a base del diritto all'esenzione.

Il giudice amministrativo, dopo aver acquisito con ordinanza istruttoria la convenzione più volte menzionata, con la sentenza in commento respingeva la domanda dell'Istituto Diocesano con un articolato percorso motivazionale orientato sul duplice binario rappresentato, per un verso e sul versante più prettamente amministrativo, dalla caratterizzazione edilizio-urbanistica dell'opera in questione; e, per altro verso, con considerazioni, di taglio più immediatamente ecclesiasticistico, connesse alla qualificazione soggettiva e funzionale dell'ente ricorrente.

3. La ratio decidendi e la divisibilità delle argomentazioni di diritto urbanistico

A fondamento della decisione di rigetto viene posta innanzitutto la considerazione per cui la disposizione fondante la pretesa all'esenzione dagli oneri contributivi in ragione delle caratteristiche dell'intervento edificatorio deve ritenersi di stretta interpretazione (art. 14 delle "preleggi"), in quanto introduce ipotesi di deroga alla regola generale (art. 1 L. 28 gennaio 1977, n. 10) che assoggetta a contributo tutte le opere che comportino trasformazione del territorio, in relazione agli oneri che la collettività, in dipendenza di esse, è chiamata a sopportare⁴.

Giova al riguardo precisare che la ratio dell'esenzione in argomento è finalizzata, da un lato, ad agevolare l'esecuzione di opere dalle quali la collettività possa trarre utilità, dall'altro, ad evitare che il soggetto che interviene per l'istituzionale attuazione del pubblico interesse corrisponda un contributo che verrebbe a gravare, sia pure indirettamente, sulla stessa comunità che dovrebbe avvantaggiarsi dal loro pagamento. In definitiva, il beneficio dello sgravio si traduce in un abbattimento dei costi a cui corrisponde un minore aggravio di oneri per gli utenti.

Ciò si traduce, sul piano oggettivo, nella necessità di un duplice accertamento volto ad evidenziare:

a) la riconducibilità dell'opera all'interno delle tipologie normativamente indicate. Tale dato, peraltro, sembra, nelle argomentazioni di cui alla pronuncia in commento, non potersi prendere in considerazione in termini assoluti, ma innovativamente relativi; e, cioè, verificando ulteriormente la pertinenza dell'opera in questione all'attività istituzionalmente svolta dal soggetto che aspira all'esenzione dal contributo.

b) la sua immediata riferibilità alla vigente disciplina urbanistica, intesa non già in termini di mera conformità alle previsioni di zona ivi contemplate, ma, più pregnantemente e secondo la condivisibile linea ermeneutica seguita dal tribunale amministrativo partenopeo, come necessità che la stessa sia espressamente contemplata come tale dagli strumenti urbanistici.

Già sul punto la giurisprudenza amministrativa, con riferimento alla realizzazione, anche da parte di un privato (significativa la circostanza che si trattava di una scuola apostolica), di strutture scolastiche per le scuole dell'obbligo, aveva avuto modo di precisare che se la stessa rientra in linea di principio tra le opere d'urbanizzazione secondaria, tuttavia non gode comunque dell'esenzione dagli oneri di urbanizzazione e dal contributo di costruzione ex art. 9 lett. f), l. 28 gennaio 1977, n. 10, qualora non sia specificamente compiuta in attuazione di strumenti urbanistici (nel senso che l'esenzione può esser riconosciuta all'opera d'urbanizzazione indicata come tale da detti strumenti⁵). Va peraltro rimarcato come non manchino indirizzi giurisprudenziali che – sul presupposto per cui ai fini dell'esenzione de qua occorre che l'opera sia pubblica o di interesse pubblico e sia realizzata da un ente pubblico, non competendo essa alle opere eseguite da soggetti privati, quale che sia la rilevanza sociale dell'attività da essi esercitata nella (o con la) opera edilizia alla quale la concessione si riferisce – circoscrivano tale ulteriore esigenza alla sola ipotesi di esenzione dovuta – sempre ai sensi della citata lett. f) – per le "opere di urbanizzazione eseguite anche

⁴ Cfr. in termini, T.A.R. Lombardia Milano, sez. II, sent. 05 giugno 1995, n. 800, in *Foro Amm.*, 1995, p. 2752 (s.m.).

⁵ Consiglio Stato, sez. V, dec. 21 gennaio 1997, n. 69, in *Foro Amm.*, 1997, p. 150; in *Riv. giur. Edilizia*, 1997, I, p. 764.

da privati, in attuazione di strumenti urbanistici”, occorrendo che si tratti di opera di urbanizzazione specificamente indicata come tale nello strumento urbanistico, anche attuativo⁶.

4. *Enti ecclesiastici: “le attività diverse” da quelle di religione e di culto*

In riferimento ai profili oggettivi relativi alla qualificazione di un ente confessionale, tutte le normative pattizie prevedono una distinzione tra “attività di religione di culto” e “attività diverse” da quelle di religione e di culto.

Per le c.d. “attività diverse” degli enti ecclesiastici, pure individuate dal legislatore pattizio (assistenza e beneficenza, istruzione, educazione e cultura, e in ogni caso le attività commerciali o a scopo di lucro, art. 16, lett. b), della legge 222 del 1985), quest'ultimo prevede la loro soggezione “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”. Sotto questo aspetto la norma non presenta una novità di rilievo in quanto ripropone un principio già contenuto nella legge 27 maggio del 1929, n. 848, esecutiva del concordato del 1929 per la materia degli enti ecclesiastici, ove pure si ammetteva la possibilità che questi potessero svolgere “attività di carattere educativo, assistenziale, o comunque, di interesse sociale a favore di laici, restando in tal caso soggetti alle “leggi civili concernenti tali attività” (art. 5).⁷ La *ratio* della norma risiede nella distinzione tra attività “interne” soggette al regime proprio dell'ente confessionale ed attività esterne sottoposte all'ambito di applicazione delle leggi civili in modo da garantire l'effettività del principio di eguaglianza in settori di attività svolte da altri soggetti giuridici ed evitare la lesione di interessi generali tutelati dal legislatore statale in relazione ai vari settori di attività⁸. Secondo un orientamento dottrinale più radicale qualora l'ente esercitasse attività diverse dovrebbe disapplicarsi il regime di origine confessionale, dovendo in tal caso prevalere integralmente le leggi civili che disciplinano tale tipo di attività anche se ciò potrebbe comportare una tale ingerenza nella struttura e negli organi di governo dell'ente da comportare

⁶ Cfr. Cons. St., sez. V, dec. 21 gennaio 1997, n. 69, in *Foro Amm.*, 1997, p. 150 (s.m.); in *Riv. giur. Edilizia*, 1997, I, p. 764; in *Cons. Stato*, 1997, I, p. 62 (s.m.); in *Giur. it.*, 1997, III,1, p. 402; Cons. St., sez. V, dec. 1 giugno 1992, n. 489, in *Foro Amm.*, 1992, p. 1359 ed in *Cons. Stato*, 1992, I, p. 774 (s.m.).

⁷ Art. 12, terzo comma, legge n. 449 del 1984; art. 23, terzo comma, legge n. 516 del 1988; art. 13, secondo comma, legge n. 517 del 1988; art. 14, secondo comma, legge 116 del 1995. Solo nelle due Intese con l'Unione delle Comunità ebraiche (legge 101 del 1989) e con la CELI (legge n. 520 del 1995) non ricorre la specifica clausola di salvaguardia della struttura e delle finalità degli enti nell'esercizio delle attività diverse da quelle di religione o di culto (cfr. art. 27, secondo comma, legge n. 101 del 1989; art. 25, secondo comma, legge 520 del 1995), ma per essi vale pur sempre la garanzia della non ingerenza da parte dello Stato e di altri enti territoriali nella gestione ordinaria e negli atti di straordinaria amministrazione dell'Unione, delle Comunità e degli altri enti ebraici riconosciuti, che si svolge “sotto il controllo degli organi competenti a norma dello Statuto” (art. 25, secondo comma), ed analoga garanzia è prevista per gli enti ecclesiastici luterani (art. 23, primo comma, legge n. 520 del 1995).

⁸ Cfr. PAOLO CAVANA, *Enti ecclesiastici e controlli confessionali, gli enti ecclesiastici nel sistema pattizio*, vol. I, Giappichelli, Torino, 2002, p. 175.

anche la loro radicale sostituzione con gli organi dello Stato (ad esempio, gli organi della procedura fallimentare in caso di insolvenza dell'ente)⁹. Si tratta della nota figura dell'ente ecclesiastico imprenditore, vale a dire dell'ente ecclesiastico che, in quanto svolgente attività diversa riconducibile ad alcune di quelle indicate nell'art. 2195 c.c., ed applicando nella loro gestione il criterio di economicità (equilibrio tra costi e ricavi) presenta i caratteri dell'imprenditore commerciale.¹⁰

In una società multiculturale e tesa al consumo l'economicità diventa uno dei fattori portanti dell'attività di enti quali parrocchie ed istituti religiosi che svolgono attività di rilevanza sociale¹¹. Basti pensare a quelle attività minime dirette alla socializzazione (oratorio con impianti sportivi, gestione di un cinema parrocchiale o di una scuola materna; gestione di una casa per ferie o di accoglienza, di un istituto scolastico o di una casa di cura, da parte di istituti religiosi dediti per proprio carisma fondazionale all'assistenza degli infermi e all'educazione dei giovani) che oggi richiedono, alla luce del crescente ricorso a sofisticate tecniche informatiche e tecnologiche, l'investimento di ingenti capitali ed un'attività di gestione attenta ed oculata¹² diretta al pareggio tra costi e ricavi. L'ente ecclesiastico imprenditore è una figura contemplata anche dalla legislazione pattizia, che tra le attività diverse che gli enti ecclesiastici sono legittimati a svolgere pone anche "in ogni caso, le attività commerciali o a scopo di lucro" (art. 16, lett. b), legge n. 222 del 1985).

In questo senso depone anche tutta la recente attività normativa e giurisprudenziale

⁹ Cfr. MARIO TEDESCHI, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 248, il quale osserva che gli enti ecclesiastici "sono sottoposti innanzi tutto al regime delle persone giuridiche di diritto comune e che quella di ecclesiastico è solo una qualifica, certamente favoritiva quando risponde alle esigenze religiose della popolazione, ma del tutto irrilevante quando l'ente assume una diversa funzione. In quanto imprenditore l'ente sarà sottoposto al regime di diritto comune riguardante la rappresentanza, il fallimento, il lavoro"; Cfr. ANTONIO VITALE, *Corso di diritto ecclesiastico, Ordinamento giuridico ed interessi religiosi*, Giuffrè, Milano, 1998, pp.304-305; ANTONIO FUCCILLO, *La pubblicità e la rappresentanza dell'ente ecclesiastico imprenditore commerciale*, in *Dir. Eccl.*, 1996, I, p. 851; ID., *Le nuove frontiere dell'ecclesiasticità degli enti. Struttura e funzione delle associazioni ecclesiastiche*, Iovene, Napoli, 1999, p. 104. In tal senso anche PIETRO LOIACONO, *La natura funzionale della personalità giuridica nel diritto ecclesiastico*, Iovene, Napoli, 2000, p. 153.

¹⁰ Cfr. Cass. civ., sez. un., sent. 11 aprile 1994, n. 3353, in *Dir. Eccl.*, 1995, II, p. 463 ss. (anche in *Giust. Civ.*, 1994, I, p. 2869 ss.); Cass. civ., sez. lav., sent. 12 ottobre 1995, n. 10636, in *Giust. Civ., Mass.*, 1995, fasc. 10: "per la sussistenza di un'impresa è necessario lo svolgimento di attività economica, astrattamente idonea non tanto a produrre lucro quanto a coprire i costi di produzione, sicché è imprenditore anche l'ente ecclesiastico civilmente riconosciuto che eserciti professionalmente assistenza ospedaliera , ove la sua attività sia organizzata in modo da essere resa previo compenso adeguato al costo del servizio"; cfr. Pret. Torino, sent. 27 febbraio 1992, n. 1347, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1994/3, pp. 898-908, in una fattispecie nella quale è stata riconosciuta la qualifica di imprenditore ad una Congregazione religiosa (nella specie: quella delle Suore Domenicane) gestore, con criteri imprenditoriali, di una Casa di cura che offriva un servizio di assistenza sanitaria a chiunque chiedeva di essere ricoverato, dietro il pagamento di rette di degenze, annualmente indicizzate e, non comprensive dei costi delle operazioni da determinarsi.

¹¹ Cfr. ANTONIO FUCCILLO, *Enti ecclesiastici ed ONLUS: considerazioni in relazione alla fungibilità degli schemi e strutture associative*, in *Riv. notar.*, 1999, p. 901, ove si mette in evidenza l'importanza del ricorso all'attività economica da parte di questi enti "al fine di procurarsi quella autosufficienza economica necessaria alla loro stessa sopravvivenza e non più, per la mutata coscienza sociale, del tutto raggiungibile con offerte, lasciti, oblazioni".

¹² Cfr. PAOLO CAVANA, *Enti ecclesiastici e controlli confessionali*, cit., p. 176 ss.

fatta anche di incentivi fiscali (D.Lgs. n. 460 del 1997 sulle ONLUS) sugli enti non lucrativi caratterizzati da un fine statutario ideale e da un'attività di impresa gestita con modalità che consentano la copertura dei costi con i ricavi¹³. Il *favor* della legislazione nei confronti di enti che svolgono attività solidaristiche si scontra con la necessità di conciliare il regime soggettivo dell'ente con quello dell'attività. Per l'ente pubblico economico, il legislatore è intervenuto a sottrarlo all'applicazione delle procedure concorsuali, a tutela degli interessi pubblici cui è ispirata l'azione di tali enti (cfr. art. 2221 c.c.). A riguardo l'art. 15 della legge n. 222 del 1985 prevede come condizione per l'esercizio delle attività diverse da quelle di religione e di culto quelle indicate nell'art. 7, n. 3, legge n. 121 del 1985, ovvero la soggezione alle relative leggi dello Stato ma nel "rispetto della struttura e delle finalità di tali enti"¹⁴.

Il problema si è posto in giurisprudenza con riferimento all'applicazione della disciplina giuslavoristica¹⁵ e delle norme sul fallimento¹⁶ all'ente ecclesiastico im-

¹³ Cfr. PIETRO LOIACONO, *Enti ecclesiastici ed onlus: problemi e prospettive*, in *Quaderni della Scuola di specializzazione in diritto ecclesiastico e canonico*, 5, Napoli, 1999, p. 15 ss; ANTONIO GUARINO, *Enti ecclesiastici e "sussidiarietà orientata" nel sistema integrato dei servizi sociali*, in *Dir. Ecl.*, 2004, I, p. 575 ss; ANTONIO FUCCILLO, *La teoria dell'ecclesiasticità supera la "prova" del fisco?*, in *Quad. dir. pol. ecl.*, 2004, 3, p. 637 ss. L'esempio maggiore è offerto dalle Ipub.

¹⁴ Sulla prevalenza del regime soggettivo dell'ente, cfr. PAOLO CAVANA, *Enti ecclesiastici*, cit., p. 18. L'autore mette in evidenza come l'applicazione delle procedure concorsuali e l'eventualità di una dichiarazione di fallimento appaiano di regola incompatibili con il regime soggettivo dell'ente ecclesiastico: nello specifico perché simili procedure comporterebbero il passaggio dell'amministrazione dell'ente dai suoi organi ordinari a quelli della procedura fallimentare, nominati dall'autorità giudiziaria con un'evidente alterazione della sua struttura ed anche delle sue finalità.

¹⁵ Cfr. Cass. civ., sez. un., sent. 11 aprile 1994, n. 3353: "un istituto di istruzione gestito da una congregazione religiosa può essere considerato imprenditore quando, oltre agli altri requisiti di cui all'art. 2082 c.c., agisca con metodo economico, ovvero con il perseguire il tendenziale pareggio tra costi e ricavi, non inerendo alla qualifica di imprenditore l'esercizio di attività allo scopo di produrre i ricavi eccedenti i costi, ove tuttavia si precisa che la qualifica di imprenditore viene in rilievo nella fattispecie limitatamente all'applicazione della disciplina di cui all'art. 18 della legge n. 300 del 1970 in materia di licenziamenti, in *Dir. Ecl.*, 1995, cit., con nota di ANTONIO FUCCILLO, *Enti ecclesiastici e impresa commerciale: finalmente un binomio compatibile!*, in *Dir. Ecl.*, 1995, II, pp. 470-478. L'art. 4 della legge 11 maggio 1990, n. 108, esclude l'applicabilità dell'art. 18 dello statuto dei lavoratori (legge 300 del 1970) "nei confronti di datori di lavoro imprenditori che svolgono senza fini di lucro attività di natura politica, sindacale, culturale, di istruzione ovvero di religione o di culto". Sul punto cfr. SALVATORE BERLINGÒ, *Enti e beni religiosi in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1992, p. 176 ss..

Non è questa la sede opportuna per occuparsi del problema dei licenziamenti nelle organizzazioni di tendenza che, tra l'altro, è di grande interesse ecclesiasticistico. Per riferimenti si rinvia ampiamente a RAFFAELE DE LUCA TAMAJO, *La prestazione di lavoro nelle organizzazioni con finalità solidaristiche o ideologiche*, in *Fenomeno associativo e attività notarile*, a cura di A. Fuccillo, Napoli, 1995, p. 93 ss.; FRANCESCO SANTONI, *Libertà nella scuola. Interessi religiosi e potere di licenziamento nelle organizzazioni di tendenza*, nota a Cass., Sez. lav., 16 giugno 1994, n. 5832, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, II, p. 384 ss.; GIOVANNI AMOROSO, *Ammissibilità, o meno, del licenziamento c.d. ideologico nelle organizzazioni di tendenza*, nota a Cass., 21 novembre 1991, n. 12530, in *Foro it.*, 1992, I, c. 2155 ss.; RAFFAELE BOTTA, *Matrimonio civile e licenziamento*, in *Quad. dir. pol. ecl.*, 1991-92, I, p. 286 ss.; ANTONIO VITALE, *Lavoro e fattore religioso*, in *Quad. dir. pol. ecl.*, 1990, I, p. 385 ss.; SERGIO LARICCIA, *Libertà della Università ideologicamente impegnata e libertà d'insegnamento*, in *Giur. cost.*, 1972, p. 2179 ss.; MARIO TEDESCHI, *Scuola confessionale e libertà di insegnamento*, in *Temi*, 1973, p. 349 ss.

¹⁶ Cfr. SALVATORE BELINGÒ, *op.ult. cit.*, pp. 181, il quale ritiene che possa applicarsi la procedura

prenditore. Non si ignora che per le attività diverse da quelle di religione e di culto il rinvio al diritto comune è generalmente temperato dal parallelo richiamo al “rispetto della struttura” o dell’ “autonomia”, nonché “della finalità” degli enti confessionali; ed ancora che questo richiamo può essere interpretato come una clausola di salvaguardia normativamente predisposta a tutela dell’ “identità” delle confessioni¹⁷. Tuttavia si rileva che «coerenza del sistema esige, per converso, che tale garanzia risulti commisurata e graduata in relazione al diverso tipo di ente con «fine di religione o di culto» e anche al diverso tipo di attività svolta». Ragion per cui gli enti, «la cui inerenza alla struttura confessionale appare meno pronunciata, dovrebbero rivendicare ed ottenere una protezione vieppiù declinante da quella propria di una peculiare «identità» istituzionale, verso quella comunemente accordata ad una più generica «tendenza»¹⁷. L’esame del copioso pronunciato del Consiglio di Stato conferma l’orientamento ad una espansione progressiva del diritto comune, nei confronti dell’ente ecclesiastico, ormai parificato, con sempre minori remore, all’ente «civile», sulla base di un rilevato interesse pubblico. Si aggiunga inoltre che laddove il Consiglio di Stato si pone il problema della coerenza con la disciplina concordata, ricostruisce la legittimità dei propri interventi sulla base di una rigida separazione tra soggetto ed attività svolte, assumendo la sola presenza di una qualche attività extraecclesiastica a condizione sufficiente per una applicazione totalizzante del diritto comune. In tal senso si arriva addirittura a sostenere che «tenuto conto dell’onere assegnato all’ente, concernente la conduzione di un ospedale, «generale principale», va richiamata l’osservanza degli obblighi derivanti dagli artt. 15 della legge n. 222 del 1985 e 8 del D.P.R. n. 33 del 1987. Ai sensi dei predetti articoli, le

concorsuale solo nel caso in cui “l’attività commerciale sia riferibile ad un autonomo centro di imputazione che, pur senza acquisire la personalità giuridica, si profili come entità (e quindi come imprenditore di fatto –, con una propria finalità, una gestione patrimoniale ed un’organizzazione distinte rispetto all’ente nel suo complesso”

¹⁷ SALVATORE BERLINGÒ, *Le Basi del nuovo regime*, in *Il nuovo regime giuridico degli enti e dei beni ecclesiastici*, Giuffrè, Milano, 1993. Per Berlingò la costituzione italiana del 1948 attribuirebbe rilevanza giuridica e tutela al fenomeno religioso, in virtù della sua riconosciuta funzione sociale e rispondenza ad un pubblico interesse. Entro questi limiti il fenomeno religioso è tutelato nella propria identità ed integrità; ciò importa tuttavia la necessità di distinguere quanto è religioso da quanto non lo è. In materia di enti ecclesiastici, tutto ciò è normativamente dato dall’art. 20 della Costituzione, che impone un divieto di trattamento diverso da quello previsto per le persone giuridiche private, laddove «divieto di trattamento diverso sembra voler dire divieto, insieme, di privilegi e discriminazioni». In considerazione di quanto rilevato, sembrerebbe allora che in presenza di attività extra-ecclesiastica, il «religioso» subisca una attenuazione, tanto maggiore quanto più ci si discosta dai cosiddetti enti di struttura, che imporrebbe una conseguente attenuazione della tutela e garanzia dell’ «originarietà» e per riflesso una più diffusa applicazione del diritto comune.

In dottrina condivide la tesi della inapplicabilità generalizzata e totalizzante del diritto comune alla struttura, anche in riferimento ad attività extra-ecclesiastiche, GIORGIO PASTORI, *I profili amministrativi*, in *Il nuovo regime giuridico degli enti e dei beni ecclesiastici*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 194, il quale sostiene: «quanto alle altre attività che è consentito svolgere agli enti, secondo l’ordinamento statutale ad esse ineriscono interessi costituzionalmente protetti e discipline distinte da quelle delle attività di religione e di culto. Ad esse si applicano quindi tali specifiche discipline, anche sotto il profilo amministrativo. Tuttavia secondo la clausola dell’art. 7.3° comma ciò deve avvenire nel rispetto della struttura e delle finalità degli enti: il che comporta che si applicheranno le norme di legge esclusivamente riferite alle singole (e non quelle che riguardano la struttura dell’ente, vale a dire il profilo organizzativo soggettivo degli stessi)».

attività diverse da quelle di religione e di culto sono consentite purché compatibili con la struttura e le finalità dell'ente, con soggezione alle norme dello Stato che regolano tali attività ed al regime tributario previsto per le medesime attività»¹⁸.

5. Ulteriori riflessioni sugli aspetti ecclesiasticistici

In secondo luogo, alla luce delle considerazioni svolte dal giudice amministrativo, l'ente ecclesiastico non potrebbe mai godere del beneficio di cui all'art. 9 della legge citata, sia perché tali soggetti non sono ascrivibili alla categoria dei concessionari di opera pubblica, sia perché, pur perseguendo interessi di carattere generale, avvalendosi nel caso di specie di un intermediario privato, darebbero vita ad un sodalizio che affida ad un privato un'opera di urbanizzazione perseguendo in tal modo finalità lucrative incompatibili con la propria dimensione funzionale e la finalità di pubblico interesse dell'opera in questione. In tal senso pare deporre, da un lato, l'*obiter dictum* alla cui stregua viene reputato "significativo" il dato per cui l'immobile in questione è stato oggetto di un contratto novennale di gestione con un cospicuo corrispettivo in favore del concedente, in tal modo venendo in rilievo, quale fattore ostativo alla sussumibilità del soggetto nel novero di quelli istituzionalmente deputati a svolgere attività di pubblico interesse, il perseguimento di finalità lucrative; e, dall'altro lato, la caratterizzazione soggettiva dell'ente richiedente l'esenzione, anche con riferimento alla specifica tipologia di opera in questione (struttura sportiva polivalente) e delle sue concrete modalità di fruizione.

Tali considerazioni postulano, nondimeno, la necessità di una più puntuale e specifica considerazione in ordine alla valutazione soggettivo-giuridica degli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti non ascrivibili, secondo la rigida interpretazione seguita dall'organo giudicante, né nella categoria degli enti istituzionalmente competenti, né in quella dei soggetti privati che agiscono in attuazione degli strumenti urbanistici.

Gli enti ecclesiastici possono svolgere attività diverse da quelle di fine di culto, come tra le altre quelle di carattere commerciale. Per la sussistenza dell'impresa è necessario lo svolgimento di attività economica, astrattamente idonea non tanto a produrre lucro quanto a coprire i costi di produzione sicché è imprenditore anche l'ente ecclesiastico civilmente riconosciuto che eserciti professionalmente assistenza ospedaliera, ove la sua attività sia organizzata in modo da essere resa previo compenso adeguato al costo del servizio. Ne deriva l'assoggettamento del suddetto ente alla tutela reale dell'art. 18 stat. lav., anche prima delle modifiche introdotte dalla l. 11 maggio 1990 n. 108, senza che ciò autorizzi dubbi di legittimità costituzionale della norma cit. sotto il profilo del deterioro trattamento che essa, in correlazione con l'art. 35 della stessa legge, farebbe agli enti ecclesiastici rispetto a datori di lavoro egualmente o ancora più complessi sul piano organizzativo in termini di personale e di mezzi, giacché la norma anzidetta, non occupandosi affatto di tale genere di enti, collega l'applicabilità della tutela alla sola condizione che nella struttura organizzativa del datore sia identificabile un'impresa¹⁹.

¹⁸ Consiglio di Stato, sez. I, dec. 6 giugno 1990, n. 758 in *Foro Amm.*, 1990, fasc. 10 (s.m.); ed in *Cons. Stato*, 1990, I, 1197.

¹⁹ Cfr. Cassazione civile, sez. lav., sent. 12 ottobre 1995, n. 10636; Cassazione civile, sez. III, sent. 26 settembre 2006, n. 20815 in *Giust. Civ. Mass.* 2006, 9.

Con specifico riferimento agli Istituti diocesani per il sostentamento del clero, occorre sinteticamente segnalare come in data 18 febbraio 1984 la Repubblica italiana ratificò l'Accordo che apportava modifiche al Concordato lateranense dell'11 febbraio 1929 ed in quell'Accordo si tenne conto del processo di trasformazione politica e sociale verificatosi negli ultimi decenni e degli sviluppi promossi nella Chiesa dal Concilio Vaticano II. Si affermò pertanto che lo Stato e la Chiesa cattolica, ciascuno nel proprio ordine, sono indipendenti e sovrani, impegnati nella reciproca collaborazione per la promozione dell'uomo ed il bene del Paese. In tale contesto, in data 15 novembre 1984, veniva poi ratificato il Protocollo che approvava le Norme circa gli Enti e i Beni ecclesiastici in Italia. Con l'entrata in vigore della Legge 20 maggio 1985, n. 222, entrò in vigore anche la nuova disciplina per il "Sostentamento del clero": nasceva l'Istituto centrale per il sostentamento del clero, al quale veniva riconosciuta la personalità giuridica con Decreto del Ministero dell'interno del 19 novembre 1985 (questo Istituto è disciplinato da uno "Statuto" approvato dal citato Decreto Ministeriale). In ogni Diocesi nascevano, succedendo ai Benefici estinti in tutti i rapporti attivi e passivi (art. 28 della L. 222/1985), gli Istituti diocesani che intrattengono rapporti con l'Istituto centrale, il quale eroga le risorse necessarie e le remunerazioni ai Sacerdoti che svolgono servizio in favore della Diocesi. Con riguardo al caso di specie, giova altresì precisare che l'Istituto per il sostentamento del clero della Diocesi di Caserta venne eretto canonicamente dal Vescovo con Decreto del 21 ottobre 1985, prot. n. 1993, in attuazione dell'art. 21 delle Norme sugli Enti e sui Beni ecclesiastici; lo stesso ha la qualifica di Ente ecclesiastico civilmente riconosciuto con Decreto del Ministero degli interni ed è iscritto nel registro delle persone giuridiche della Prefettura di Caserta.

I fini e le attività dell'Istituto sono, principalmente e con precipuo riguardo alla vicenda in esame, il provvedere, ove occorra, all'integrazione della remunerazione spettante al Clero per il suo congruo e dignitoso sostentamento; lo svolgere eventualmente, previa intesa con l'Istituto centrale, funzioni assistenziali e previdenziali integrative ed autonome per il clero; l'intrattenere gli opportuni contatti con le Amministrazioni civili locali nell'ambito delle proprie competenze; il compiere, infine, tutti gli atti di natura mobiliare ed immobiliare necessari od utili tanto per la migliore realizzazione dei propri fini.

Ne deriva che nella fattispecie in esame non pare revocabile in dubbio, sul piano soggettivo-ecclesiasticistico, che l'Istituto diocesano ricorrente sia qualificabile come ente istituzionalmente competente anche alla realizzazione di opere di interesse generale ed utilizzabile dalla generalità dei cittadini, ove si consideri la previsione normativa di cui, per un verso, all'art. 15 della citata L. 222/1985 ("gli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti possono svolgere attività diverse da quelle di religione e di culto") e, per altro verso, al successivo art. 16 del medesimo testo legislativo, alla cui stregua si precisa che, agli effetti delle leggi civili, mentre si considerano comunque attività religiose o di culto quelle dirette all'esercizio del culto e alla cura delle anime, alla formazione del clero e dei religiosi, a scopi missionari, alla catechesi, all'educazione cristiana, invece sono considerate attività diverse da quella di religione o di culto, quelle di assistenza e beneficenza e, in ogni caso, *le attività commerciali o a scopo di lucro* (il corsivo è nostro).

Sul punto deve quindi ribadirsi che le attività commerciali o a scopo di lucro rientrano tra le attività che gli Enti ecclesiastici (diocesi, parrocchie, Istituti diocesani, chiese, seminari, confraternite, fondazioni di culto e di religione, Istituti di vita consacrata, Società di vita apostolica, ecc.) ben possono svolgere, ancorché non

si tratti evidentemente di enti commerciali in senso stretto, non avendo infatti per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali. In altri termini, le loro proprietà ed i loro immobili, nonché la gestione delle varie e connesse attività commerciali, costituiscono beni strumentali e sussidiari per lo svolgimento delle loro attività istituzionali e per il raggiungimento dei loro scopi, di tal che essi non costituiscono utili di impresa e non costituiscono reddito.

Alla luce di tali, essenziali premesse può criticamente essere esaminato il passaggio - tanto della negativa determinazione amministrativa, quanto, sia pure in forma di *obiter dictum*, della sentenza in commento - incentrato sul carattere ostativo, all'accoglimento della richiesta di esonero e rimborso degli oneri accessori, dello scopo di lucro in relazione alle opere in questione, anche per effetto della scelta operata dall'istituto ricorrente di commissionare la progettazione e l'esecuzione dell'opera ad una società commerciale cui ne affidò la gestione a fronte del pagamento di un corrispettivo in favore del concedente.

La stessa giurisprudenza amministrativa, del resto, ha avuto in precedenza modo di chiarire che - posto che la *ratio* dell'esenzione in argomento è finalizzata, da un lato, ad agevolare l'esecuzione di opere dalle quali la collettività possa trarne utilità e, dall'altro, ad evitare che il soggetto che interviene per l'istituzionale attuazione del pubblico interesse corrisponda un contributo che verrebbe a gravare, sia pure indirettamente, sulla stessa Comunità che dovrebbe avvantaggiarsi dal loro pagamento - la disposizione agevolativa è da ritenere estensibile, oltre che agli enti pubblici, anche a quelle figure soggettive che non agiscono per esclusivo scopo lucrativo ovvero che accompagnano al lucro un collegamento giuridicamente rilevante con l'amministrazione, sì da rafforzare il legame istituzionale con l'azione del soggetto pubblico per la cura degli interessi della collettività²⁰. Per vero, come già segnalato, tali decisioni precisano che tale raccordo, peraltro, deve essere idoneo ad assicurare, grazie alla presenza del soggetto pubblico, un contenimento dell'obiettivo privatistico dell'esecutore dell'opera con il fine pubblicistico realizzato, come ad esempio nel caso del concessionario di opera pubblica, il quale, pur mirando al conseguimento di un lucro d'impresa, è parificabile a pieno titolo al soggetto che cura istituzionalmente l'esecuzione di opere di interesse generale.

Su un altro versante di considerazioni, non potrà tuttavia ignorarsi lo sforzo del legislatore e del Governo italiano verso la predisposizione di strumenti giuridici comuni, compatibili con le istanze dell'ente ecclesiastico, il quale è innegabile e non può ritenersi casuale. In tal senso depone il D.lgs. n. 460 del 1997.²¹ Non si ignora in

²⁰ Cfr. la decisione del Consiglio di Stato n. 1280 del 7.9.1995; e, più di recente, Consiglio Stato, sez. V, dec. 20 ottobre 2004, n. 6818.

²¹ È opportuno tenere conto dello sviluppo di una nuova vasta area del diritto comune: il cosiddetto settore non profit, da diversi anni in crescente sviluppo nell'ordinamento italiano. Si tratta di una nuova ampia gamma di enti, impegnati nelle più disparate attività, tutti però accomunati dalla «solidarietà e socialità» dei fini perseguiti. La costituzione esponenziale di enti di tal fatta ha richiesto all'ordinamento italiano l'adozione di misure legislative atte a rispondere alle peculiari esigenze di inquadramento, soprattutto fiscale e tributario, dagli stessi imposte. Ai fini della nostra indagine giova rilevare come la disciplina introdotta in materia di enti non profit, sebbene quasi esclusivamente tributaria, muta, seppure timidamente e per vie traverse, il quadro di riferimento generale in cui ebbe a prodursi l'Accordo del 1984. Detta disciplina, ed in particolare il D.Lgs. n. 460 del 1997, viene a creare un diritto privilegiario all'interno del diritto comune, a favore di enti che

proposito che la «ritrovata» unità di regime lascia immutato il sistema dell'Accordo del 1984, poiché la disciplina «privilegiata» creata per gli enti non profit è meramente fiscale, ragion per cui il conferimento della personalità giuridica all'ente, sia esso di diritto comune che ecclesiastico, resta sottoposto alla ordinaria e rispettiva disciplina, vale a dire per l'ente ecclesiastico, quella concordataria. Certo è tuttavia, che la tendenza verso la costruzione di un diritto comune sensibile alle istanze ed alle esigenze di «originarietà» ed «autonomia» degli enti del c.d. terzo settore, ed il favor crescente per una riforma del primo libro del codice civile, finalmente coerente con i principi di pluralismo e libertà posti dalla costituzione del 1948, costituisce per l'ente ecclesiastico un polo di forte attrazione spontanea, verso un assoggettamento diffuso, al diritto comune.

In tal senso, a giudizio di chi scrive, risulta mutato il quadro storico-politico giuridico in cui ebbe a concordarsi la vigente disciplina dell'ente ecclesiastico. Nel 1984, a fronte delle esigenze di tutela della propria originarietà, manifestate e vanitate dall'ordinamento canonico, lo Stato italiano non avrebbe potuto imporre un'applicazione generalizzata del diritto comune, in quanto in presenza di un diritto palesemente «sfavorevole», invasivo ed autoritario, addivenendo così, gioco forza ad un regime speciale.

Oggi, di fronte ad un diritto comune che offre e ricerca progressivamente delle risposte e delle garanzie adeguate alle esigenze proprie dell'ente ecclesiastico, talora addirittura più favorevoli di quanto già concesso, l'interesse verso la disciplina speciale può indubbiamente scemare, conducendo ad uno spontanea opzione per il diritto comune, con l'abbandono di quello stesso regime.

nell'esercizio delle proprie attività perseguono specifiche finalità di utilità sociale, proprio in ragione ed in funzione delle finalità attuate. In tale categoria può a pieno titolo ascriversi l'ente ecclesiastico, con una possibile interferenza tra la disciplina concordataria ed il costituendo regime non profit. Quanto da ultimo, è del resto agevolato dal fatto che il legislatore ha esteso all'ente «comune» il criterio applicato nel 1984 all'ente ecclesiastico, procedendo ad una qualificazione giuridica ed alla definizione del regime, sulla base di una funzionalizzazione delle attività al soggetto. Così facendo attività anche oggettivamente commerciali, vengono a godere di speciali esenzioni poiché svolte da quel dato ente, a conferma del rifiuto di una logica di netta separazione tra soggetto ed attività. In verità, non va sottovalutato che il legislatore del 1997 non ha dimenticato di imporre all'ente che intenda avvalersi del regime privilegiato, specifici requisiti strutturali e gestionali, prevedendo rinnovati controlli sia in sede di «riconoscimento», che nel successivo svolgimento delle attività denunciate. In tal senso, a ben guardare, non viene risparmiato neppure l'ente ecclesiastico, ciò che sembrerebbe riproporre una nuova assimilazione all'ente comune.

Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sez. II di Lecce, 27 luglio 2007, n. 3015

**Accesso ai documenti – Giudizio canonico di nullità matrimoniale
– Rapporto diritto di riservatezza e diritto all'azione giudiziaria
Accesso ai documenti – Interesse che legittima l'accesso – Attivazione
giudizio canonico di nullità matrimoniale – Non necessarietà – Sem-
plice intenzione di intentare il giudizio – Sufficiente
Diritto di accesso ai documenti – Diritto soggettivo – Irrilevanza delle
norme regolamentari interne della P.A.**

Lo scioglimento del vincolo matrimoniale, in quanto propedeutico alla possibilità di contrarre un nuovo matrimonio, costituisce una situazione soggettiva di rango almeno pari al diritto alla tutela della riservatezza dei dati concernenti lo stato di salute dell'interessato. Pertanto, nel caso in cui l'istanza di accesso alla documentazione clinica del proprio coniuge sia motivata dall'esigenza di supportare con elementi probatori un'azione di nullità matrimoniale, da esercitare in sede canonica, deve ritenersi integrata la previsione dell'art. 60 del D.lgs. n. 196/2003, senza che possa avere alcun rilievo, al fine di escludere il diritto all'ostensione documentale, l'eventuale essenzialità, ai fini del giudizio ecclesiastico, della documentazione richiesta o le prospettive possibili circa il buon esito della promuovenda azione(1).

Per giustificare l'istanza di accesso alla documentazione clinica del proprio coniuge non è necessaria la previa attivazione del giudizio di nullità matrimoniale, essendo all'uopo sufficiente la ragionevole intenzione di intraprenderlo. Del resto, non rileva, nel senso di escludere la possibilità dell'invocato accesso, che i Tribunali ecclesiastici non facciano parte dello Stato italiano, in quanto, giusta gli impegni concordatari assunti tra lo Stato e la Chiesa cattolica, le sentenze rese dai Tribunali ecclesiastici possono essere dichiarate efficaci nella Repubblica italiana e, pertanto, ad esse deve essere riconosciuta una situazione di pari dignità giuridica rispetto alle sentenze, emesse dai Tribunali dello Stato, volte a sciogliere il vincolo matrimoniale(2).

L'eventuale diversa regolamentazione interna della struttura sanitaria, che disponesse il divieto del rilascio a terzi della documentazione relativa allo stato di salute dei propri pazienti, non può incidere sul diritto di accesso, sia perchè si tratterebbe di una disciplina relativa ai casi ordinari e non a quelli in cui viene in rilievo il rapporto tra il diritto di accesso e la privacy, disciplinati sulla base dell'art. 60 del D. Lgs. n. 196/2003, sia perchè, se pure si configurasse una deroga alla disciplina del suddetto decreto legislativo e a quella dettata dall'art. 24 della legge n. 241/1990, essa dovrebbe essere disapplicata dal giudice, dovendosi qualificare il diritto di accesso come diritto soggettivo(3).

Omissis (...)

Considerato che:

- con il presente ricorso *ex art. 25 L. n. 241/1990* e s.m.i., P. L., premettendo di avere contratto a suo tempo matrimonio concordatario con C. (matrimonio successivamente naufragato a causa, secondo il ricorrente, del sopravvenire di disturbi psichici della coniuge e conclusosi con una separazione consensuale omologata dal Tribunale di Lecce), chiede la condanna dell'ASL Lecce all'esibizione della documentazione sanitaria relativa ai trattamenti terapeutici a cui la predetta sig.ra C. è stata sottoposta prima, durante e dopo il matrimonio. A sostegno della pretesa, il sig. P., come del resto aveva fatto già in sede amministrativa, rappresenta l'esigenza di disporre della suddetta documentazione in vista della proposizione di un'azione di nullità del matrimonio di fronte al competente Tribunale Ecclesiastico (azione fondata in particolare sulla riserva mentale da cui sarebbe stato inficiato il consenso a suo tempo prestato dalla sig.ra C., la quale avrebbe nascosto al coniuge di essere stata sottoposta a trattamenti di cura di disturbi di natura psichica). Il Direttore del C.S.M. di Lecce ha rigettato l'istanza adducendo l'esistenza del segreto professionale, nonché ragioni di tutela della *privacy*, di talché il sig. P. ha deciso di adire il TAR *ex art. 25 L. n. 241/1990*;

- si è costituita solo la sig.ra C., eccependo l'irrelevanza della documentazione per cui è causa rispetto alla proponenda azione di nullità del matrimonio (in quanto tale documentazione, se necessaria, sarà acquisita agli atti del processo canonico previo ordine istruttorio del Giudice ecclesiastico) e la prevalenza del diritto alla *privacy* rispetto al diritto di accesso in presenza di dati personali "ultrasensibili";

- il ricorso (che è stato proposto tempestivamente) merita accoglimento, per le seguenti ragioni.

La vicenda all'esame del TAR, la quale ripropone l'annosa questione dei rapporti fra diritto di accesso e diritto alla riservatezza, in presenza di dati c.d. ultrasensibili (art. 60 del D.Lgs. n. 196/2003), è stata già esaminata dalla Sez. V del Consiglio di Stato nella decisione 14.11.2006, n. 6681, relativa ad una controversia assolutamente analoga, in cui il giudice amministrativo di secondo grado ha statuito che:

a) a mente dell'art. 60 del D.Lgs. n. 196/2003, "quando il trattamento concerne dati idonei a rivelare lo stato di salute o la vita sessuale, il trattamento è consentito se la situazione giuridicamente rilevante che si intende tutelare con la richiesta di accesso ai documenti amministrativi è di rango almeno pari ai diritti dell'interessato, ovvero consiste in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale e inviolabile". Per ciò che attiene al caso in esame, "...*il fine dello scioglimento del vincolo matrimoniale costituisce certamente una situazione giuridica di rango almeno pari alla tutela del diritto alla riservatezza dei dati sensibili relativi alla salute, in quanto involgente un significativo diritto della personalità...*" (così letteralmente la decisione n. 6681/2006);

b) in una situazione in cui il ricorrente motiva l'istanza di accesso con l'intenzione di corroborare fin dall'inizio l'azione di nullità del matrimonio di fronte al competente Tribunale Diocesano con gli elementi probatori ritenuti all'uopo necessari, deve ritenersi sussistente "...*l'interesse personale che legittima la proposizione della domanda di accesso, senza che sia necessaria alcuna penetrante indagine in merito alla essenzialità o meno della documentazione richiesta, né circa le prospettive di buon esito del rito processuale concordatario; quel che rileva è che, attraverso l'accesso, sia data al richiedente la possibilità di supportare nei termini più concreti la propria instauranda azione giudiziale, senza potersi operare alcun previo giudizio prognostico circa l'esito dell'azione stessa...*" (così ancora la decisione n. 6681/2006);

c) né, a giustificare l'istanza di accesso, è necessaria la previa attivazione del giudizio di annullamento del matrimonio, dovendo ritenersi sufficiente a suffragare l'istanza avanzata ai sensi degli articoli 22 e seguenti della legge n. 241 del 1990, anche la semplice, ragionevole intenzione di intentare l'azione giudiziale;

d) analogamente, non rileva in senso contrario la considerazione del carattere non nazionale e neppure statutale dei Tribunali ecclesiastici. A norma dell'art. 8, comma 2, della legge 25 marzo 1985, n. 121 (di ratifica ed esecuzione dell'accordo firmato a Roma il 18 febbraio 1984, che apporta modificazioni al Concordato Lateranense), invero, "le sentenze di nullità di matrimonio pronunciate dai tribunali ecclesiastici, che siano munite del decreto di esecutività del superiore organo ecclesiastico di controllo, sono, su domanda delle parti o di una di esse, dichiarate efficaci nella Repubblica italiana con sentenza della corte d'appello...". Pertanto, prosegue ancora la sentenza n. 6681/2006, "... si tratta di decisioni che, in base al solenne riconoscimento normativo ora detto (assunto nel rispetto dei principi enunciati nell'art. 7 della Costituzione), se pure rese da un potere giudiziario non appartenente allo Stato italiano, non di meno sono destinate ad acquisire, nello stesso, piena efficacia e forza cogente, in una situazione di pari dignità giuridica con le sentenze di scioglimento del vincolo matrimoniale civile assunte dagli organi giudiziari nazionali. Con la conseguenza che l'intento di adire la via giurisdizionale concordataria ai fini della declaratoria di nullità del vincolo coniugale va assimilato, ai fini dell'esercizio del diritto di accesso, all'intento di adire il giudice nazionale per il conseguimento del divorzio...".

- il Tribunale ritiene di dover condividere l'orientamento del Consiglio di Stato, sia per quanto concerne la qualificazione del diritto ad ottenere lo scioglimento del matrimonio come diritto della personalità avente rango almeno pari al c.d. diritto alla riservatezza (e ciò in quanto lo scioglimento è propedeutico alla possibilità di contrarre un nuovo matrimonio, per cui vengono in evidenza i principi di cui agli artt. 2 e 29 Cost.), sia per ciò che concerne l'affermazione secondo cui, ai fini dell'applicazione dell'art. 24, comma 7, della L. n. 241/1990, non è necessario che il ricorrente per l'accesso abbia già esperito l'azione a tutela del diritto per la cui salvaguardia è necessaria la conoscenza degli atti che la P.A. detentrica non ha reso disponibili;

- per quanto riguarda, infine, l'eventuale sussistenza di norme regolamentari interne all'ASL le quali vietano il rilascio a terzi della documentazione relativa allo stato di salute di pazienti dell'Azienda sanitaria leccese (pagina 5 della memoria di costituzione della controinteressata), si osserva che:

- tali norme riguardano evidentemente i casi ordinari e non anche i casi in cui viene in evidenza il rapporto fra diritto di accesso e *privacy* (trovando in questo caso il problema soluzione nel disposto dell'art. 60 del D.Lgs. n. 196/2003, il quale rimanda al giudice la valutazione circa l'equiordinazione fra le posizioni giuridiche confliggenti);

- laddove tuttavia le disposizioni regolamentari dell'ASL dovessero derogare alle norme dell'art. 60 D.Lgs. n. 196/2003 e dell'art. 24, comma 7, della L. n. 241/1990, le stesse ben possono essere disapplicate dal giudice, dovendosi qualificare il c.d. diritto di accesso come diritto soggettivo (la qual cosa la Sezione ha affermato, in particolare, nella sentenza 30.11.2005, n. 5436, e in altre decisioni successive);

- in ragione di quanto precede, il ricorso va accolto, con conseguente condanna dell'ASL Lecce a rendere disponibile al sig. P. la documentazione sanitaria relativa ai trattamenti terapeutici a cui la sig.ra C. è stata sottoposta presso il C.S.M. (o altre strutture analoghe, seppure diversamente denominate *ratione temporis*) di Lecce nel periodo summenzionato.

(...)

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia – Seconda Sezione di Lecce
– accoglie il ricorso in epigrafe.

(...)

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall’Autorità Amministrativa.

(...)

L'accesso a documenti contenenti dati «ultra-sensibili» e i giudizi canonici di nullità matrimoniale

CLAUDIA CIOTOLA

Con la sentenza n. 3015 del 27 luglio 2007, il T.A.R. Puglia è intervenuto sulla delicata, quanto dibattuta, questione della confliggenza tra il diritto di accesso ai documenti amministrativi e il diritto alla *privacy*¹.

La fattispecie, resa più complicata dalla circostanza che la richiesta di documenti era relativa a dati «ultra-sensibili»² di un soggetto non consenziente, era già stata, diverse volte, affrontata sul piano giurisprudenziale³ e trovava un precedente specifico nella sentenza n. 6681/2006 del Consiglio di Stato⁴, ove erano stati trattati i problemi relativi al rapporto tra diritto di accesso, diritto alla *privacy* e diritto di richiedere la declaratoria della nullità matrimoniale presso i Tribunali ecclesiastici.

Il caso concreto portato all'attenzione dei giudici pugliesi ricalca quasi pedissequamente quello già risolto dal supremo organo della giurisdizione amministrativa con la succitata sentenza⁵. Anche in esso, infatti, il processo ha preso l'avvio dalla richiesta

¹ Sul tema si vedano, tra gli altri, GIUSEPPE CASSANO-MARCO DEL VECCHIO, *Diritto alla riservatezza e accesso ai documenti amministrativi: profili sostanziali e tecniche risarcitorie*, Milano, Giuffrè, 2001; ANNA SIMONATI, *L'accesso amministrativo e la tutela della riservatezza*, Trento, Università degli Studi di Trento, Dipartimento di Scienze Giuridiche, 2002; MARCO BOMBARDELLI, *Nuovi orientamenti giurisprudenziali sul rapporto fra diritto di accesso e riservatezza*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1999, 6, p. 549 ss.; MARCO LIPARI, *Il processo in materia di accesso ai documenti (dopo la l. 11 febbraio 2005, n. 15)*, in <http://www.giustamm.it>; GIANPIERO P. CIRILLO, *La tutela della privacy nel sistema del nuovo codice sulla protezione dei dati personali. Tutela civile, amministrativa, penale*, Padova, Cedam, 2004; CARMEN MUCIO, *Il diritto alla riservatezza nella pubblica amministrazione: dati sensibili, dati personali e diritto di accesso*, Milano, Ipsoa, 2003; SALVATORE CIMINI, *Diritto di accesso e riservatezza: il legislatore alla ricerca di nuovi equilibri*, in http://www.giustamm.it/new_2005/ART_2121.pdf.

² Tali sono i dati personali idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale dell'interessato.

³ Si possono consultare ad esempio: T.A.R. Lazio n. 308/2005; T.A.R. Lazio 153/2005; Consiglio di Stato n. 5 del 4 febbraio 1997.

⁴ Il testo della sentenza del Consiglio di Stato del 14 novembre 2006, n. 6681, è rinvenibile in *Diritto e Religioni*, 2007, 2, pp. 509- 511.

⁵ L'originario ricorrente, premesso che aveva intenzione di chiedere, in sede canonica, la declaratoria di nullità del suo matrimonio, a causa dei disturbi psichici della moglie, che avevano determinato il tracollo della vita coniugale, aveva inoltrato istanza al Dipartimento di Salute Mentale di Salerno, presso il quale la donna da vari anni era in cura, per accedere alla documentazione clinica della stessa, la cui acquisizione era prospettata come necessaria per dare avvio e proseguire presso il tribunale ecclesiastico il processo di nullità matrimoniale. La richiesta era rimasta inevasa e avverso il silenzio-rigetto dell'amministrazione il richiedente aveva adito il T.A.R. Campania, che, con sentenza del 10 novembre 2005 n. 2248, aveva accolto il ricorso proposto riconoscendo l'obbligo della struttura

da parte di un uomo di poter accedere alla documentazione clinica delle moglie, al fine di poter promuovere un giudizio di nullità matrimoniale in sede canonica⁶ e si è concluso con l'accoglimento del ricorso, condannando la struttura sanitaria all'esibizione della documentazione clinica richiesta dal ricorrente.

I giudici del T.A.R. pugliese hanno ritenuto opportuno richiamare specificamente e fare propria la decisione del Consiglio di Stato, ove si era stabilita, per un caso analogo, la prevalenza del diritto di accesso alla documentazione amministrativa, sulla base della considerazione che l'incartamento clinico richiesto dall'originario ricorrente era necessario per fornire il substrato probatorio della promuovenda azione di nullità matrimoniale innanzi al Tribunale ecclesiastico e che, pertanto, la richiesta di accesso si poneva in modo strumentale rispetto alla tutela di un bene di rilievo esistenziale *“consistente nella libertà di contrarre nuovo matrimonio concordatario, quindi con effetti sia innanzi alla Chiesa che allo Stato italiano”*. Al fine di rafforzare quella che era stata l'analogia conclusione dei giudici del T.A.R. Campania, il Consiglio di Stato sottolineava che, stanti gli accordi concordatari tra lo Stato e la Chiesa cattolica, le sentenze dichiarative della nullità matrimoniale rese dai Tribunali ecclesiastici, sono suscettibili di acquistare efficacia cogente anche all'interno dell'ordinamento civile, e, pertanto, sosteneva che *“l'intento di adire la via giurisdizionale concordataria ai fini della declaratoria di nullità del vincolo coniugale va assimilato, ai fini dell'esercizio del diritto di accesso, all'intento di adire il giudice nazionale per il conseguimento del divorzio”*.

La sentenza resa dal T.A.R. Puglia, che avrebbe potuto sviluppare le indicazioni fornite dal Consiglio di Stato in tema di rapporti tra diritto di accesso, diritto alla privacy e giudizi canonici di nullità matrimoniale, si è limitata a richiamare la decisione precedente: *“il Tribunale ritiene di dover condividere l'orientamento del Consiglio di Stato, sia per quanto concerne la qualificazione del diritto ad ottenere lo scioglimento del matrimonio come diritto della personalità avente rango almeno pari al c.d. diritto alla riservatezza (e ciò in quanto lo scioglimento è propedeutico alla possibilità di contrarre un nuovo matrimonio, per cui vengono in evidenza i principi di cui agli artt. 2 e 29 Cost.), sia per ciò che concerne l'affermazione secondo cui, ai fini dell'applicazione dell'art. 24, comma 7, della L. n. 241/1990, non è necessario che il ricorrente per l'accesso abbia già esperito l'azione a tutela del diritto per la cui salvaguardia è necessaria la conoscenza degli atti che la P.A. detentrica non ha reso disponibili”*.

Gli esiti cui è giunta la giurisprudenza amministrativa, nelle sentenze qui ricordate,

sanitaria di esibire la documentazione richiesta dalla parte ricorrente e compresa nell'arco di tempo delineato nella decisione. Contro la succitata sentenza del T.A.R., l'originaria controinteressata aveva poi proposto appello al Consiglio di Stato, che, con sentenza del 21 aprile- 14 novembre 2006, n. 6681, ha dichiarato infondato l'appello e confermato la decisione resa in prima istanza.

⁶ Il ricorrente, premettendo di avere contratto a suo tempo matrimonio concordatario, naufragato a causa del sopraggiungere di disturbi psichici della coniuge e conclusosi con una separazione, chiedeva la condanna dell'ASL Lecce all'esibizione della documentazione sanitaria relativa ai trattamenti terapeutici a cui la moglie era stata sottoposta prima, durante e dopo il matrimonio. A sostegno della pretesa, il ricorrente, rappresentava l'esigenza di disporre della suddetta documentazione in vista della proposizione di un'azione di nullità del matrimonio di fronte al competente Tribunale Ecclesiastico. La struttura sanitaria interpellata aveva rigettato l'istanza del ricorrente adducendo l'esistenza del segreto professionale, nonché ragioni di tutela della privacy, per cui l'istante aveva deciso di adire il T.A.R.

appaiono in larga parte condivisibili. I limiti prospettati al diritto alla *privacy*⁷, infatti, sono in piena aderenza alla normativa vigente in materia, ove è stata accantonata la tesi, sostenuta da parte della dottrina, prima che fosse adottata in Italia una normativa specifica sulla materia⁸, che il diritto alla riservatezza dovesse essere inteso come una sorta di diritto dominicale, che accorderebbe al titolare la possibilità di scegliere di lasciare nell'assoluta segretezza tutti i dati relativi alla propria sfera intima con un totale divieto di trattamento dei dati personali. Come configurato dalle disposizioni di legge, il diritto alla *privacy* deve essere, piuttosto, concepito alla luce della dimensione relazionale della persona, la quale implica che, ai fini della tutela, non si possa prescindere da un confronto con la comunità di appartenenza e con i diritti degli altri consociati.

Anche se lo sviluppo normativo dell'ultimo decennio ha cercato di dare una risposta all'esigenza, immediatamente connessa alla tutela della personalità dell'individuo, di porre la propria identità al riparo dalla conoscenza e dall'ingerenza altrui, non si è certo giunti a sancire un «diritto all'oblio» o all'oscuramento totale dei propri dati personali⁹. Il mezzo adoperato a presidio del riserbo personale, lungi dal prevedere un divieto assoluto al trattamento dei dati personali, è stato quello di stabilire forme di circolazione controllata dei c.d. «dati sensibili»¹⁰, al fine di evitare che l'indebito utilizzo di tali dati possa prestarsi ad un uso discriminatorio o, comunque, compromettere la possibilità, propria di ciascun individuo, di esprimersi liberamente nel contesto sociale, dando, di volta in volta, un'immagine di sé, che meglio corrisponda al proprio interno sentire.

Lo stesso Garante per la protezione dei dati personali aveva chiarito che la tutela della *privacy* «non comporta necessariamente un regime di assoluta riservatezza dei dati, dovendosi verificare di volta in volta se sussistono altri diritti o interessi meritevoli di pari o superiore tutela»¹¹.

⁷ Si possono consultare sul diritto alla *privacy*, tra gli altri, FRANCESCO BILOTTA, *L'emersione del diritto alla privacy*, in *Privacy*, a cura di AGOSTINO CLEMENTE, Padova, Cedam, 1999; GUIDO ALPA, *La normativa sui dati personali. Modelli di lettura e problemi esegetici*, in *Trattamento dei dati personali e tutela della persona*, a cura di VINCENZO CUFFARO-VINCENZO RICCIUTO-VINCENZO ZENO ZENCOVICH, Milano, Giuffrè, 1998, p. 36 ss.; ROBERTO PARDOLESI, *Dalla riservatezza alla protezione dei dati personali: una storia di evoluzione e discontinuità*, in *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, a cura di ROBERTO PARDOLESI, I, Milano, Giuffrè, 2003, p. 1 ss.

⁸ Si ricorderà che l'introduzione di una specifica normativa sulla *privacy* in Italia risale alla legge 31 dicembre 1996 n. 675, che, poi, ha subito diverse integrazioni e modifiche. Con d. lgs. Del 30 giugno 2003 è stato emanato il *Codice* in materia di protezione dei dati personali.

⁹ Si veda SALVATORE BERLINGÒ, *Si può essere più garantisti del Garante? A proposito delle pretese di «tutela» dai registri di battesimo*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2000, I, p. 299, che rileva: «Non sembra però pienamente condivisibile la tesi che il diritto alla ricostruzione della propria identità personale possa comportare un'assoluta e indiscriminata potestà di «oscurare» il proprio passato e di offrire anche una «falsa» rappresentazione della propria realtà personale; un diritto del genere, in una prospettiva non più irrelata o autistica, deve accettare di sottoporsi ad un congruo vaglio critico e di dar conto delle «prestazioni» già rese dal soggetto, secondo quanto è ribadito pure dagli indirizzi più «liberali» in tema di formazione e obiezione di coscienza».

¹⁰ Cfr. NICOLA COLAIANNI, *Banche dati e libertà religiosa*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1994, I, pp. 24-25: il quale rileva che il carattere di sensibilità di un dato deriva dalla sua potenziale attitudine a consentire trattamenti discriminatori tra i consociati.

¹¹ In questi termini si era espresso il Garante per la protezione dei dati personali in un parere del 27

Le disposizioni legislative vigenti, del resto, aiutano a risolvere le situazioni di confliggenza tra opposte situazioni giuridiche ugualmente meritevoli di tutela. In proposito, ad esempio, il comma 4, lett. c), dell'art. 26 del decreto legislativo 30 giugno 2003 n. 196 (recante il *Codice in materia di protezione dei dati personali*) stabilisce che i dati sensibili possono essere oggetto di trattamento, anche senza consenso, previa autorizzazione del Garante, quando il trattamento medesimo è necessario ai fini dello svolgimento delle investigazioni difensive ai sensi della legge 7 dicembre 2000, n. 397, o, comunque, per far valere o difendere in sede giudiziaria un diritto, sempre che i dati siano trattati esclusivamente per tali finalità e per il periodo strettamente necessario al loro perseguimento, e dispone che, quando i dati siano idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale, il diritto deve essere di rango pari a quello dell'interessato, ovvero deve consistere in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale inviolabile.

Di analogo spessore è la previsione dello stesso *Codice della privacy* in materia di accesso ai documenti amministrativi, di cui all'art. 60, specificamente richiamato nella sentenza del T.A.R. Puglia, ove si statuisce la possibilità di trattamento di dati concernenti lo stato di salute o la vita sessuale di un soggetto, senza il suo consenso, quando la situazione giuridica da tutelare, attraverso la richiesta di accesso ai documenti amministrativi, sia di rango almeno pari ai diritti dell'interessato¹².

Il diritto alla riservatezza non può essere invocato come uno schermo protettivo contro qualsiasi attività che possa produrre un'intrusione nell'altrui sfera sensibile, ma deve essere valutato anche in considerazione dei diritti e libertà fondamentali degli altri consociati. D'altra parte, se si volesse assicurare una tutela incondizionata alla *privacy*, ciò determinerebbe una paralisi dei processi canonici di nullità matrimoniale, che, proprio per il loro oggetto, non possono non entrare nell'intimo del vissuto personale¹³.

La giurisprudenza amministrativa, con le sentenze rese sui casi di interferenza tra diritto alla *privacy* e giudizi di nullità matrimoniale, ha fatto chiarezza su temi spinosi. Ciò nonostante, il percorso argomentativo seguito non appare convincente in tutti gli aspetti.

In particolare, la precisazione, contenuta nella decisione del Consiglio di Stato e

ottobre 1999, concernente il trattamento dei dati personali da parte di uffici giudiziari.

¹² L'art. 60 del d.lgs. n. 196/2003 stabilisce testualmente: "Quando il trattamento concerne dati idonei a rivelare lo stato di salute o la vita sessuale, il trattamento è consentito se la situazione giuridicamente rilevante che si intende tutelare con la richiesta di accesso ai documenti amministrativi è di rango almeno pari ai diritti dell'interessato, ovvero consiste in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale e inviolabile". Si pone in linea con tale disposizione l'art. 16 comma 7 della legge n. 15/2005, che consente l'accesso, qualora si tratti di dati sensibili e/o giudiziari, "nei limiti in cui sia strettamente indispensabile".

¹³ Sugli aspetti processual-canonistici della questione, si rinvia a CARLO GULLO, *Questioni di liceità delle prove nelle nullità matrimoniali*, in <http://sociebrasicanon.vilabl.nol.com.br/gullo.htm>; ANTONIO INGOGGLIA, *Inammissibilità di prove illecite quoad substantiam e quoad modum acquisitionis nel processo canonico di nullità del matrimonio. Prime considerazioni sull'art. 157 della recente Istruzione "Dignitas Connubii"*, in http://www.olir.it/areetematiche/73/documents/Ingoggia_Prove.pdf. Sul tema della pubblicità e segretezza del processo canonico di nullità matrimoniale si rinvia alle belle pagine di VINCENZO TURCHI, *Pubblicità e segretezza*, in *Il giudizio di nullità matrimoniale dopo l'Istruzione "Dignitas Connubii"*, I, *I principi*, Libreria Editrice Vaticana, 2007, pp. 285-311.

richiamata in quella del T.A.R. Puglia, circa l'assimilabilità del giudizio canonico di nullità matrimoniale a quello civile di divorzio, oltre ad essere impropria¹⁴, appare non utile e fuorviante. Infatti, il diritto di accertare il proprio *status* in sede canonica, anche se fosse strumentale al solo fine di risolvere una «questione di coscienza», a prescindere dalla volontà di celebrare un nuovo matrimonio valido agli effetti civili¹⁵ e dalla possibilità di ottenere la delibazione della sentenza ecclesiastica¹⁶, dovrebbe ritenersi sufficiente in sé a supportare una richiesta di accesso alla documentazione amministrativa del coniuge, essendo diretta emanazione del diritto di libertà religiosa espressamente riconosciuto dall'art. 19 Cost¹⁷, che certamente integra la previsione

¹⁴ Le profonde differenze tra il giudizio canonico di nullità matrimoniale e quello civile di divorzio sono state sottolineate anche dalla Corte Costituzionale, che nella sentenza 24-27 settembre 2001, n. 329, ha sancito: *“le due fattispecie della nullità del matrimonio e del divorzio presentano elementi di diversità non meramente formali, ma sostanziali. L'una si fonda – tanto nell'ordinamento civile quanto in quello canonico, sia la causa di nullità prevista da entrambi o da uno solo di essi – sulla constatazione giudiziale di un difetto originario dell'atto. L'altro, viceversa, si fonda, ai sensi dell'art. 1 della legge n. 898 del 1970, sull'accertamento, ad opera del giudice, «che la comunione spirituale e materiale tra i coniugi non può essere mantenuta o ricostituita per l'esistenza di una delle cause previste dall'art. 3», e quindi presuppone una crisi dello svolgimento del rapporto coniugale.*

La diversità strutturale delle due fattispecie vale di per sé ad escludere la violazione dell'art. 3 della Costituzione, sotto il profilo della disparità di trattamento, in quanto, a cagione di essa, non è costituzionalmente necessario che le situazioni di declaratoria della nullità canonica alle quali fanno riferimento i rimettenti debbano ricevere lo stesso trattamento che l'ordinamento assegna alla disciplina delle conseguenze patrimoniali della cessazione degli effetti civili del matrimonio concordatario (o dello scioglimento del matrimonio civile).

Benvero, tanto nell'ipotesi della nullità, quanto in quella del divorzio, è possibile che dal matrimonio sia derivata l'instaurazione fra i coniugi di una consolidata comunione di vita. Ma spetta solo al legislatore – nell'esercizio della sua discrezionalità, e salvo il sindacato di costituzionalità – il potere di modificare il sistema vigente nella prospettiva di un accostamento tra la disciplina della nullità del matrimonio concordatario e quella della cessazione degli effetti civili conseguenti alla sua trascrizione, per effetto di divorzio”.

¹⁵ La dottrina ha, in diverse occasioni, specificato come la *libertà matrimoniale* possa essere inquadrata, nel sistema vigente, anche come concreta specificazione del diritto di *libertà religiosa*: cfr., sul punto, PASQUALE LILLO, *Matrimonio «concordatario» e giurisdizione competente*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1993, 4, p. 1248. Sul rilievo della volontà degli effetti civili per la trascrizione del matrimonio canonico, si rinvia a MARIO TEDESCHI, *La volontà degli effetti civili nel regime della trascrizione del matrimonio canonico*, in IDEM, *Vecchi e nuovi saggi di diritto ecclesiastico*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 3ss.

¹⁶ Del resto, costituisce motivo di ulteriore riflessione il fatto che l'efficacia civile della sentenza ecclesiastica è solo eventuale. Sul punto cfr. RAFFAELE BOTTA, *Il matrimonio «concordatario»*, in *Il diritto di famiglia*, a cura di ALESSANDRO ALBISSETTI, I, Torino, 1999, p. 57: *“nella normativa neoconcordataria l'efficacia civile delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale da automatica è divenuta meramente eventuale, non solo perché la Corte d'appello potrebbe rifiutare la «delibazione (ove ne ricorrano le condizioni previste dalla legge), ma anche e soprattutto perché la stessa «delibazione» è possibile solo se sono i coniugi a volerla e a richiederla”.*

¹⁷ Sui rapporti tra libertà religiosa, diritto alla *privacy* e autonomia confessionale si vedano i commenti della dottrina intervenuta sul caso, verificatosi nel 1999, di un uomo, militante in un'associazione di carattere ateistico, che aveva richiesto la cancellazione dei propri dati dal registro dei battezzati. L'associazione di cui il richiedente faceva parte era l'UAAR (Unione degli Atei e degli Agnostici Razionalisti), che, da anni, porta avanti una campagna per lo “sbattezzo”. Per informazioni più dettagliate si rinvia a <http://www.uaar.it/laicita/sbattezzo/#09>. In relazione ai commenti della dottrina,

legislativa dell'art. 60 del d. lgs. n. 196/2003, in base alla quale l'accesso ai c.d. dati «ultra-sensibili» deve essere consentito quando la situazione soggettiva da tutelare, con la richiesta di accesso, sia di rango almeno pari al diritto alla *privacy* dell'interessato.

Il fatto che nelle sentenze richiamate in precedenza non vi sia alcun riferimento al diritto di libertà religiosa dei soggetti richiedenti l'accesso alla documentazione sanitaria del proprio coniuge, nonostante, in entrambi i casi, l'istanza di accesso facesse esplicito riferimento alla volontà di questi di adire il Tribunale ecclesiastico, per ottenere la declaratoria della nullità del loro matrimonio, appare una macroscopica «dimenticanza», senza la quale i giudici amministrativi avrebbero potuto evitare di arrovellarsi, ipotizzando comparazioni del tutto inadeguate, sulle questioni connesse all'efficacia civile delle sentenze di nullità matrimoniale rese dai Tribunali ecclesiastici.

Se la decisione del T.A.R. Puglia ha sostanzialmente richiamato il precedente giudicato del Consiglio di Stato, si è comunque discostata da esso nella misura in cui non ha tracciato limiti temporali ristretti al riconosciuto diritto di accesso del ricorrente. Nella pronuncia del Consiglio di Stato, infatti, si era stabilito che l'obbligo di ostensione documentale, da parte della struttura sanitaria, doveva comunque rispettare i limiti tracciati dai giudici di prime cure¹⁸, i quali avevano ritenuto di dover circoscrivere l'invocato accesso, trattandosi di un tema relativo all'incapacità nuziale, al solo “*periodo temporale coperto dal matrimonio, ivi compreso l'intero anno solare (2003) nel quale esso è stato contratto*”. Peraltro, l'arco cronologico delineato, immediatamente prossimo alla celebrazione delle nozze, non sembrava tenere in adeguata considerazione il fatto che, molto spesso, ai fini dell'accertamento di una patologia di carattere psichico e della sua conseguente efficacia invalidante rispetto al matrimonio canonico, bisogna estendere l'indagine all'intera esperienza di vita della persona e ricostruire la sua storia clinica con sufficienti margini di precisione. La possibilità di poter usufruire di documentazione clinica al riguardo può essere di fondamentale importanza, consentendo di chiarire se, nel corso del matrimonio, si sia manifestata una patologia che già esisteva nel soggetto, prima delle nozze, anche se, eventualmente, non si era ancora espressa in tutta la sua sintomatologia, o se, piuttosto, i disagi psichici manifestati dopo le nozze trovano la loro matrice in episodi successivi alla celebrazione del matrimonio, non potendo, in tale ultimo caso, avere rilievo ai fini della validità del vincolo nuziale.

I limiti stabiliti dalla legge, per il trattamento dei dati ultra-sensibili, e la ricono-

si vedano, tra gli altri, SALVATORE BERLINGÒ, *Si può essere più garantisti del Garante?*, cit.; RAFFAELE BOTTA, *Trattamento dei dati personali e confessioni religiose (dalla legge 31 dicembre 1996, n. 675 al d.lgs. 11 maggio 1999, n. 135)*, in *Il diritto ecclesiastico*, 1999, I, p. 887ss.; NICOLA COLAIANNI, *Libertà religiosa e società dell'informazione*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1999, I, p. 195 ss.; VENERANDO MARANO, *Diritto alla riservatezza, trattamento dei dati personali e confessioni religiose. Note sull'applicabilità della legge n. 675/1996 alla Chiesa Cattolica*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1998, p. 305 ss.; GIUSEPPE DALLA TORRE, *Registro dei battesimi e tutela dei dati personali: luci e ombre di una decisione*, in *Giustizia civile*, 2001, I, p. 235 ss.

¹⁸ In particolare, nella parte conclusiva della sentenza n. 6681/2006, si legge: “*Per tali motivi l'appello in epigrafe appare infondato, e, per l'effetto, deve essere respinto; con il conseguente accoglimento della relativa domanda e declaratoria dell'obbligo di ostensione documentale in capo all'ASL Salerno 2, nei limiti, peraltro, tracciati dal TAR in sentenza e non contestati dall'originario ricorrente*”.

sciuta possibilità di utilizzare tali dati solo in quanto strumentali alla tutela di diritti fondamentali, già sembrano sufficienti a ritenere operativo, nei confronti dell'interessato, un sistema di garanzie idonee ad evitare abusi. Pertanto, una volta riconosciuta la possibilità dell'utilizzo dei dati concernenti lo stato di salute del coniuge, per poter adire la giurisdizione ecclesiastica, si sarebbe dovuto evitare di stabilire dei limiti cronologici al diritto di accesso alla documentazione amministrativa, che non possono che apparire arbitrari e, comunque, completamente avulsi dalle esigenze istruttorie proprie del processo canonico.

In tale contraddizione, però, non è incorso il Tribunale amministrativo pugliese, che ha accolto il ricorso senza tracciare confini cronologici netti al riconosciuto diritto di accesso.

**Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia-Romagna,
Sez. I di Bologna, 26 ottobre 2007, n. 2512**

**Associazione religiosa – Riconoscimento – Esclusione applicabilità
DPR n. 361/2000 – Applicabilità L. n. 1159/1929**

**Associazione religiosa – Riconoscimento – Inderogabilità delle norme
di cui alla L. n. 159/1929**

**Associazione religiosa – Riconoscimento – Finalità di culto – Com-
petenza accertamento – Ministro dell'interno**

**Confessione religiosa – Riconoscimento – Necessità della presenza
di ministri di culto**

In materia di riconoscimento della personalità giuridica vige il principio per cui l'applicabilità della normativa speciale sui c.d. "culti ammessi" (legge n. 1159/1929) scatta ogniqualvolta si rinvenga la presenza di un fine di culto nell'organizzazione, qualunque importanza questo possa assumere nella sua esistenza giuridica(1).

Le norme di cui alla legge n. 1159/1929 sono norme di ordine pubblico, e perciò inderogabili; esse si applicano ogni qualvolta si verifici, nell'organizzazione, la presenza "anche" di una finalità religiosa e/o di manifestazioni culturali, indipendentemente dal rilievo complessivo che queste possano assumere nel complesso dell'attività svolta dall'Ente(2).

Compete al solo Ministero dell'Interno, per legge, l'accertamento delle finalità religiose (come costitutive ed essenziali) di un ente che intenda ottenere il riconoscimento della personalità giuridica civile quale ente di culto(3).

La presenza di ministri di culto riconosciuti consente sia di individuare un preciso interlocutore per le autorità civili, nei rapporti con l'ente religioso e le sue articolazioni e/o aggregazioni sul territorio, sia costituisce una fondamentale garanzia interna sotto il profilo del rispetto della libertà di coscienza degli aderenti (nel caso di specie, tale riconoscimento è stato negato per la non chiara distinzione - tra gli obiettivi dell'associazione - delle finalità di carattere più propriamente religioso e per la mancata previsione statutaria di ministri di culto)(4).

Omissis (...)

FATTO

I. Nell'atto introduttivo del giudizio, l'Associazione ricorrente espone di aver proposto nel 1998 domanda – presentata alla Prefettura di (...) – per ottenere il riconoscimento giuridico dal Ministero dell'Interno, il quale con nota 15.11.1999 chiese una integrazione documentale ed alcune modificazioni dello Statuto, adempimenti espletati dalla ricorrente stessa.

Successivamente detta istanza fu, tuttavia, rigettata con i provvedimenti in epigrafe, avverso i quali si deducono in ricorso le censure di violazione di legge (art. 1 D.P.R. n. 361/2002, 8 e 19 Cost.; artt. 1 e 2 legge n. 1159/1929; artt. 3 e ss. legge n. 241/90)

ed eccesso di potere sotto svariati profili sintomatici (fondamentalmente attinenti a carenze motivazionali, travisamento, difetto di istruttoria, disparità di trattamento), censure che risultano così articolate:

A) avendo la ricorrente inteso presentare domanda di “riconoscimento giuridico”, il sopravvenire in corso di istruttoria del D.P.R. 10.2.2000, n. 361 comporterebbe che l'Amministrazione sia tenuta ad iscrivere nel registro ivi previsto l'istituzione privata che ne faccia domanda, qualora risulti accertata la sussistenza dei presupposti cui la legge subordina l'iscrizione stessa: e, nel caso di specie, l'Associazione ricorrente sarebbe in possesso, alla data di emanazione degli atti qui impugnati, di tutti i suddetti requisiti. Sennonché i provvedimenti controversi farebbero riferimento a profili ulteriori e non previsti da tale normativa, quali:

- una non chiara distinzione tra gli obiettivi di natura culturale dell'Ente e quelli di maggiore attinenza agli aspetti di carattere più propriamente religioso;

- l'insussistenza di scopi di pubblico interesse e di utilità sociale, che possano giustificare il conferimento del richiesto nuovo “status”;

- l'esistenza di due tipi di servizi religiosi, senza che siano previsti Ministri di culto nello Statuto dell'Ente;

- la circostanza che alcuni soci e fondatori siano stranieri e che la scuola internazionale Lectorium Rosicrucianum sia registrata presso la Camera di Commercio di Amsterdam, non richiedendo l'ordinamento olandese una approvazione di statuti di confessioni religiose per il conseguimento della personalità giuridica;

B) ma anche a voler ritenere che la ricorrente abbia presentato domanda di riconoscimento quale confessione religiosa, gli atti risulterebbero adottati in violazione degli artt. 8 e 9 Cost. e della normativa in materia (art. 1 legge n. 1159/1929): a sostegno di tale tesi, si invoca il parere 30 luglio 1986, n. 1390, reso dalla Sez. I del Consiglio di Stato a proposito del riconoscimento della personalità giuridica alla Congregazione cristiana dei Testimoni di Geova e si deduce che né nel provvedimento prefettizio impugnato né nel menzionato parere n. 7738/2004 del Consiglio di Stato si troverebbe riferimento ai principi costituzionali e di diritto valevoli in materia, tanto da configurarsi una disparità di trattamento con la predetta Congregazione.

II. Resistono al ricorso le Amministrazioni intimate, (...)

DIRITTO

1.1. La prima *quaestio iuris* da risolvere consiste nello stabilire se al caso di specie sia applicabile la normativa di cui al DPR n. 361/2000 (Regolamento recante norme per la semplificazione dei procedimenti di riconoscimento di persone giuridiche private e di approvazione delle modifiche dell'atto costitutivo e dello statuto - n. 17 dell'allegato 1 della legge 15 marzo 1997, n. 59), ovvero la legge n. 1159/1929 (Disposizioni sull'esercizio dei culti ammessi nello Stato e sul matrimonio celebrato davanti ai ministri dei culti medesimi).

Il Collegio propende per la seconda ipotesi: e ciò per le ragioni di seguito esposte.

1.2. In materia di riconoscimento della personalità giuridica vige, infatti, il principio per cui l'applicabilità della normativa speciale sui c.d. “culti ammessi” (legge n. 1159/1929) scatta ogniqualvolta si rinvenga la presenza di un fine di culto nell'organizzazione, qualunque importanza questo possa assumere nella sua esistenza giuridica (cfr. Consiglio Stato, sez. IV, 25 maggio 1979, n. 369, a proposito delle confraternite delle confessioni diverse dalla cattolica).

Si tratta, del resto, del medesimo principio ribadito nel parere del Consiglio di

Stato 29.11.1989, n. 2158, posto a base del riconoscimento dell'Unione Buddhista Italiana ed invocato nella memoria conclusiva dell'Associazione ricorrente a sostegno delle tesi difensive ivi dispiagate: nello stesso passo di tale parere riportato in memoria si legge, invero, che "la circostanza che un'istituzione non svolga riti o li svolga in minima parte non vale a restringere il campo di applicabilità dell'art. 2 della Legge n. 1129/1929".

Infine, pronunciandosi recentemente in sede di ricorso straordinario proposto da una Chiesa Cristiana evangelica pentecostale legalmente riconosciuta negli U.S.A, la Sez. I del Consiglio di Stato (8 novembre 2006, n. 3621) ha, analogamente statuito che l'ente straniero "avente, nella propria nazione, finalità anche religiose", non acquista lo *status* di Ente ecclesiastico (cattolico o diverso dal cattolico) iscrivendosi nel registro delle persone giuridiche in Italia, posto che all'uopo occorre seguire il procedimento di cui alla L. 20 maggio 1985 n. 222, per gli Enti cattolici e quello previsto dalla L. 24 giugno 1929 n. 1159 per gli Enti acattolici.

"Dette norme – prosegue il parere – sono norme di ordine pubblico, e perciò inderogabili.

Allo <status> di ente ecclesiastico, infatti, conseguono particolari condizioni per i ministri di culto che ne fanno parte, un particolare trattamento fiscale e tributario ed una serie di altre agevolazioni di diversa natura. Condizioni di favore, queste, che non possono di certo seguire alla semplice iscrizione nel registro prefettizio, che è disposto sulla base di accertamenti sommari di un'Autorità cui non è riconosciuto il potere di decidere sulla natura ecclesiale di qualsiasi ente.

Al solo Ministero dell'Interno, per legge, compete – si ribadisce – l'accertamento delle finalità religiose (come costitutive ed essenziali) di un ente che intenda ottenere il riconoscimento della personalità giuridica civile quale ente di culto, e, in tal senso, al Prefetto compete solo l'iscrizione del provvedimento ministeriale (nel caso di enti cattolici) o del provvedimento governativo (nel caso di culti diversi) di riconoscimento della personalità giuridica dell'ente di culto nel registro delle persone giuridiche".

Tale arresto è stato, sì, espresso a proposito dell'iscrizione – in via di mera presa d'atto – nel registro prefettizio delle persone giuridiche straniere ai sensi di trattati internazionali (nella specie: Trattato di Amicizia tra Italia e U.S.A. del 2 febbraio 1948, ratificato dall'Italia con L. 18 giugno 1949 n. 385) e dell'art. 16 preleggi (condizioni di reciprocità): ma esso è perfettamente estensibile all'analogo procedura, espressamente "semplificata" ex D.P.R. n. 361/2000, di iscrizione delle persone giuridiche italiane nel corrispondente registro prefettizio.

Dall'insieme delle pronunce giurisdizionali e consultive del Consiglio di Stato, si ricavano, pertanto, le seguenti coordinate giuridiche:

a) le norme di cui alla legge n. 1159/1929 sono ordine pubblico, e perciò inderogabili;

b) esse si applicano ogni qualvolta si verifichi, nell'organizzazione, la presenza "anche" di una finalità religiosa e/o di manifestazioni culturali, indipendentemente dal rilievo complessivo che queste possano assumere nel complesso dell'attività svolta dall'Ente.

1.3. Il quesito iniziale, circa l'applicabilità o meno della legge n. 1159/29, deve, pertanto, essere risolto alla stregua delle anzidette coordinate, le quali impongono la prioritaria verifica sull'esistenza di una finalità anche religiosa in seno all'Associazione ricorrente.

Ebbene, dagli atti di causa emergono, sotto questo profilo, le seguenti circostanze:

i) all'art. 3 del nuovo Statuto – registrato il 23.2.2001 ed aggiornato a seguito delle indicazioni ministeriali (cfr. punto 4 della lettera 7.6.2001, di risposta dell'Associazione alle richieste istruttorie del Ministero) – si legge che “l'Associazione ha scopi umanitari, culturali e non lucrativi, è apartitica ed apolitica. Ha per oggetto la professione e la diffusione della Religione Universale originale sulla base del Cristianesimo vivente e si prefigge l'unione dell'umanità alla Chiesa Universale dell'Origine. Per il raggiungimento del proprio scopo, sono previste: a) la celebrazione di servizi religiosi” - *omissis* -;

ii) rispetto al corrispondente art. 3 dello statuto costitutivo dell'Associazione (10.9.1980), si nota un'accentuazione della finalità religiosa (professione della Religione Universale in luogo di “propagandare i Misteri” della stessa), testimoniata anche dal fatto che la celebrazione dei servizi religiosi passa al primo posto tra le attività statutarie dell'Associazione stessa;

iii) nell'allegato F alla citata nota 7.6.2001 (Quadro riassuntivo delle attestazioni bancarie e postali), vengono, “per completezza”, forniti anche i saldi della partecipata s.a.s. Edizioni Lectorium Rosicrucianum, con la specificazione che “come già illustrato nella documentazione già a vostre mani, l'Associazione Lectorium Rosicrucianum partecipa in qualità di unico socio accomandante alla suddetta società in accomandita semplice. Detta società è stata creata appositamente per tenere separate le attività commerciali dalle attività tipiche di un'associazione religiosa senza fini di lucro svolte dal Lectorium Rosicrucianum”;

iv) nel successivo allegato G alla medesima nota (Relazione relativa ai servizi religiosi) si indica la celebrazione, da parte dell'Associazione, di due tipi di servizi religiosi:

- servizi religiosi officiati dai membri più anziani dell'Associazione e denominati Sacramenti del battesimo (per i non battezzati con altri riti), del matrimonio (per i non già sposati né civilmente né religiosamente), della benedizione del matrimonio (per i divorziati), del Consolamentum (in punto di morte) e del distacco (per i defunti);

- servizi religiosi officiati da allievi anziani della Scuola (lettura di un rituale con brani sacri e di un'allocuzione).

Sulla scorta degli atti provenienti dalla stessa Associazione ricorrente (ed in *primis* dal suo statuto, quale “indice sicuro” – secondo la dottrina – del carattere religioso di un'Associazione) e dalla medesima versati nel procedimento amministrativo conclusosi con i provvedimenti qui impugnati, pare difficilmente contestabile che detta Associazione persegua anche finalità religiose e svolga anche attività “tipiche di un'associazione religiosa”: basti, per tutte, quella di officiare “sacramenti” (in alcuni casi tassativamente alternativi a quelli “di altri riti”), che – già solo nell'etimologia latina da cui derivano – stanno ad indicare la funzione di consacrare.

Al riguardo occorre, poi, tener presente che la giurisprudenza della Cassazione penale (cfr. Sez. VI, 8 ottobre 1997, n. 9476 sulla Chiesa di Scientology; Sez. V, 2 febbraio 1999 e Sez. III, 7 ottobre 1998, n. 12744, sulla Chiesa Syro-Antiochena) ha ripetutamente sottolineato «la voluta ed estrema genericità della nozione di religione, utilizzata dalla Costituzione»: invero, è noto che i Costituenti si sono preoccupati di porre il solo limite del non contrasto con l'ordinamento giuridico italiano, giusta l'avvertenza, espressa dal presidente della prima sottocommissione, Ruini, che «oltre alle confessioni venerate, rispettabilissime, che tutti conosciamo, potrebbero sorgere culti strani, bizzarri (l'America insegna) che non corrispondessero all'ordinamento giuridico italiano».

1.4. Risulta, così, poco plausibile la tesi difensiva di parte ricorrente (esposta

all'inizio dei rispettivi capi A e B del ricorso), secondo cui questa avrebbe inteso chiedere il riconoscimento quale semplice istituzione di diritto privato: se così fosse, sussisterebbe – rispetto all' <autoqualificazione> di associazione religiosa fornita dalla stessa Associazione negli atti prodotti a corredo della propria istanza – una palese incongruenza logica, se non proprio giuridica (viste le cautele con cui correttamente la Corte Costituzionale circonda gli atti autoqualificativi in *subiecta materia*, specie se volti a beneficiare di agevolazioni tributarie: sentenze n. 467/92 e n. 346/2002).

In ogni caso, come esattamente osservato dalla difesa delle Amministrazioni resistenti, l'istruttoria del procedimento è stata svolta dalla competente Direzione degli Affari dei Culti e, soggiunge il Collegio, la citata nota di integrazione documentale in data 7.6.2001, è stata indirizzata dall'Associazione – dopo che l'invocato D.P.R. n. 361/2000 era entrato in vigore - alla specifica "Divisione Affari dei Culti diversi dal Cattolico": né risulta dagli atti di causa che, nel corso di questa nuova fase del procedimento, l'Associazione abbia chiesto l'applicazione nei propri confronti del menzionato D.P.R.

Infine, non può neppure essere sottaciuto – seppure come mero dato empirico – che nel corso di un importante convegno svoltosi il 3 dicembre 1999 presso l'Università Federico II di Napoli e dedicato alle nuove dimensioni della libertà religiosa, la relazione di un ordinario di diritto canonico abbia dato conto di una sorta di *revival* della procedura stabilita dall'art. 2 della legge n. 1159 del 1929 per il riconoscimento degli enti dei culti diversi da quello cattolico, menzionando espressamente l'Associazione ricorrente fra quelle, che ne avevano fatto richiesta, ancora in attesa di riconoscimento.

1.6. Anche sotto il profilo della natura del potere esercitato, non pare, poi, dubitabile che il Ministero abbia inteso fare applicazione del potere espressamente attribuitogli in tema di riconoscimento della personalità giuridica degli istituti di culto diversi dalla religione cattolica: infatti, l'impugnata nota ministeriale 8.11.2004, di reiezione dell'istanza, ritiene non sufficientemente provata "anche sotto il profilo della natura di confessione religiosa e dei rapporti di carattere internazionale, l'esistenza dei requisiti richiesti dalla normativa di specie per l'adozione del richiesto provvedimento di riconoscimento della personalità giuridica"; e si chiude preoccupandosi, comunque, di "rappresentare che l'opera di diffusione della fede con tutte le iniziative ad essa collegate e l'esercizio del culto in genere sono liberi e protetti ai sensi degli artt. 8, 19 e 21 della Costituzione".

1.6. Riassuntivamente, le censure svolte sub A) del ricorso introduttivo devono essere disattese, siccome tutte rapportate ad un parametro legale (il citato D.P.R. n. 361/2000), la cui applicabilità occorre escludere nel caso *de quo*.

2.1. Si tratta ora di vedere, con riferimento al Capo B del ricorso, se il Ministero abbia o meno fatto corretto utilizzo dell'effettivo parametro legale (legge n. 1159/29), che governa la fattispecie.

2.2. Orbene, dal complesso degli atti in epigrafe che hanno concorso alla determinazione finale dell'Amministrazione (atti tutti impugnati con il presente ricorso dall'Associazione e che sono concatenati l'un l'altro per effetto di vicendevoli rimandi) emerge che il riconoscimento di personalità giuridica, ai sensi della legge di cui sopra, è stato negato sulla scorta delle seguenti argomentazioni:

a) non chiara distinzione tra gli obiettivi di natura culturale che l'ente si prefigge e quelli, invece, di maggiore attinenza agli aspetti di carattere più propriamente religioso;

b) insussistenza di scopi di pubblico interesse e di utilità sociale;

c) mancata previsione, nello statuto, di ministri di culto, pur essendo svolti i due tipi di servizi religiosi sopra indicati *sub* 1.3.;

d) cittadinanza straniera di alcuni fondatori e registrazione della Fondazione Lectorium Rosicrucianum presso la Camera di Commercio di Amsterdam, senza che l'ordinamento giuridico olandese preveda la regia approvazione di statuti di confessioni religiose, allo scopo di ottenere il riconoscimento della personalità giuridica.

A ciò si aggiunga:

β che nelle proprie premesse, il citato parere 30.6.2004, n. 7738 della Sez. I del Consiglio di Stato, riferisce come, nella propria relazione-riciesta di parere, l'Ufficio Ministeriale avesse ritenuto prioritaria ad ogni altra considerazione "l'assoluta certezza del rispetto della libertà di coscienza dei soggetti che vengono a contatto con l'ente, e cioè che l'adesione al movimento religioso sia frutto di scelte consapevoli maturate lungo un percorso di libera formazione delle coscienze individuali; in particolare dovrebbe essere certa la tutela delle fasce giovanili - dai 6 ai 18 anni -, in quanto più influenzabili sotto il profilo psicologico";

β che il "considerato" del parere *de quo* si apre con la dichiarazione di condivisione delle "perplexità espresse dall'Amministrazione".

Nella disamina di siffatte argomentazioni, il Collegio ritiene di doversi prioritariamente concentrare su quelle che rivelano una più immediata attinenza ai profili religiosi che - come sin qui detto - caratterizzano la presente controversia: e cioè, innanzitutto, sulla questione della mancata previsione statutaria di ministri di culto.

2.3. A questa figura e al suo ruolo istituzionale e religioso, lo Stato presta, invero, da sempre attenzione e ricollega alcune conseguenze giuridiche, disciplinate per via pattizia con le confessioni (intese *ex art.* 8, comma 3 Cost.), ovvero unilaterale.

Invero, i ministri di culto risultano sempre contemplati in tutte le leggi sin qui emanate (11 agosto 1984, n. 449; 22 novembre 1988, n. 516; 22 novembre 1988, n. 517; 8 marzo 1989, n. 101 e 29 novembre 1995, n. 520), di rispettivo recepimento delle intese riguardanti la Tavola Valdese, le Chiese cristiane avventiste, le Assemblee di Dio, le Comunità ebraiche e la Chiesa Evangelica Luterana in Italia.

In disparte la fitta e variabile griglia di diritti e doveri che tali leggi stabiliscono in relazione a tali soggetti, risulta evidente (ed esplicitata in dottrina) la *ratio* ad esse comune: quella di individuare un preciso interlocutore per le autorità civili (ed in primo luogo per quelle preposte alla sicurezza e all'ordine pubblico) nei rapporti con l'ente religioso e le sue articolazioni/aggregazioni sul territorio.

Basti pensare, in tempi come questi, alle esigenze di controllo del terrorismo, della criminalità e dell'immigrazione clandestina: esigenze che ben giustificano la richiesta di una siffatta "garanzia" da parte dello Stato nel momento in cui si accinge a riconoscere la personalità giuridica di un'organizzazione religiosa o a stipulare con essa un'intesa bilaterale.

Né deve sorprendere il richiamo congiunto a due così diversi istituti giuridici (quelli del riconoscimento della personalità giuridica ovvero dell'intesa), in quanto autorevoli studiosi di diritto ecclesiastico hanno posto in evidenza:

- come la disciplina del fenomeno religioso in forma associata pare seguire, nella Costituzione, uno schema evolucionistico che vede progressivamente rafforzarsi le forme di tutela con il crescere della capacità e della forza aggregante del gruppo: dalla formazione sociale all'associazione, dall'associazione alla confessione;

- e come lo stesso art. 8 Cost. segua uno schema similare delineando un sistema di tutela che sembra una "fattispecie a formazione progressiva": dalla generica garanzia di eguale libertà; al più pregnante riconoscimento di una autonomia organizzativa

in forma statutaria, che rafforza l'alterità dell'ente religioso rispetto allo Stato; per finire al principio di bilateralità della regolamentazione dei reciproci rapporti con lo Stato.

Da questo punto di vista, dunque, il valore di "precedente" che parte ricorrente mostra di attribuire, nella sua memoria conclusiva, al citato parere del Consiglio di Stato n. 2158/1989 (cui è seguito il D.P.R. 3.1.1991 di riconoscimento dell'Unione Buddhista italiana), ben può attribuirsi – come peraltro è stato fatto dalla dottrina – anche all'intesa stipulata il 20 marzo 2000 tra la medesima Unione e lo Stato italiano.

Ebbene, quell'esigenza fondamentale per lo Stato di avere, all'interno di ogni entità religiosa, interlocutori ben individuati e responsabili con cui dialogare, è stata riaffermata anche in questo caso ed anche a costo di far compiere una forzatura all'altro soggetto contraente, essendo noto come nel variegato panorama dell'esperienza buddista sia spesso non contemplata la presenza di un clero: ciononostante, l'art. 7 dell'intesa stabilisce che la qualifica di ministro di culto deve essere certificata dall'UBI, che detiene apposito elenco dei ministri stessi, elenco che è tenuta a compilare e a trasmettere alle autorità competenti, così come è tenuta a rilasciare le relative attestazioni ai fini dell'intesa (art. 7).

2.4. È, poi, del tutto evidente come la presenza di ministri di culto riconosciuti costituisca non solo una garanzia "esterna" nel senso appena indicato, ma, altresì, una fondamentale garanzia "interna" sotto il profilo del rispetto della libertà di coscienza degli aderenti, esigenza, questa, che il Ministero ha collocato al primo posto delle considerazioni che hanno determinato la richiesta di parere al Consiglio di Stato sull'istanza dell'Associazione ricorrente (e, per vero, tra i principi fondamentali previsti dal nostro ordinamento, e come tali rientranti nel limite espressamente contemplato nell'art. 8 comma 2 cost., vi è, innanzitutto, quello previsto dall'art. 2 cost., a tutela e garanzia dei diritti inviolabili della persona umana all'interno delle formazioni sociali nelle quali si svolge la sua personalità): considerazioni e preoccupazioni che il Consiglio di Stato ha dichiarato di condividere nel loro complesso, pur non affrontando la questione specifica della libertà di coscienza.

2.5. Senza dire – quale argomento che viene ultimo solo in ordine di successione, ma non certo di importanza – che la Corte Costituzionale, nella sua prima sentenza dedicata al tema della libertà religiosa (18.11.1958, n. 59, citata anche da parte ricorrente nella sua memoria conclusiva) ha affermato che la formula dell'articolo 19 cost. "non potrebbe, in tutti i suoi termini, essere più ampia, nel senso di comprendere tutte le manifestazioni del culto, ivi indubbiamente incluse, in quanto forma e condizione essenziale del suo pubblico esercizio, l'apertura di templi ed oratori e la nomina dei relativi ministri": donde un'autorevole, seppur risalente, conferma del legame ineludibile che lega qualsiasi forma, anche nuova, di organizzazione religiosa e la presenza di ministri del relativo culto professato.

2.6. Ebbene su questo punto – che il Collegio ritiene di aver dimostrato come dirimente ai fini della soluzione della controversia – della mancata previsione nello statuto dell'Associazione ricorrente della figura dei ministri di culto, l'Associazione stessa non spende deduzioni né nel ricorso introduttivo né nella memoria conclusiva, di talché i provvedimenti impugnati restano sostanzialmente incensurati per questo decisivo profilo, di per sé idoneo a sorreggere in via autonoma la determinazione reiettiva che recano.

Il che dispensa il Collegio non solo dall'insistere oltre sul tema, ma anche dall'esaminare le ulteriori motivazioni addotte nei provvedimenti stessi a sostegno del

diniego opposto e le rispettive censure avverso di esse svolte *sub* B del ricorso.

2.7. Solo un'ultima considerazione va fatta in ordine alla censura di disparità di trattamento, dedotta nel ricorso introduttivo con riferimento alla congregazione dei Testimoni di Geova ed estesa, in sede di memoria conclusiva, alla posizione dell'Unione Buddhista italiana: quest'ultima estensione è, all'evidenza, inammissibile, in quanto contenuta in memoria non notificata e, comunque, già si è detto della posizione sostanzialmente diversa rivestita dall'UBI, quanto alla presenza di ministri di culto; circa la congregazione dei Testimoni di Geova, basterà ricordare che nel medesimo parere Cons. Stato Sez. I n. 1390/1986, più volte richiamato da parte ricorrente in proprio favore, si fa più volte menzione dei ministri di culto della congregazione stessa, cosicché – stante la diversità di situazioni prese a raffronto – neppure rispetto a tale istituzione religiosa può fondatamente invocarsi, da parte dell'Associazione ricorrente priva di ministri di culto, il vizio di eccesso di potere per disparità di trattamento.

2.8. Anche le censure svolte *sub* B del ricorso introduttivo devono, pertanto, essere disattese, siccome prive di pregio: con il che è il ricorso medesimo a dover essere respinto.

3. Decisa in tal modo la causa, il Collegio si sente tuttavia di esprimere - a mò di intenzionale *obiter dictum* - considerazioni ulteriori, fondamentalmente giustificate dalla circostanza che diversi mutamenti normativi sono intercorsi dal momento della proposizione dell'istanza *de qua* da parte dell'Associazione ricorrente e sino alla pronuncia da parte del Consiglio di Stato e del Ministero; sicché non pare contravenire nessuna regola processuale il segnalare, in questa sede, un'opportunità offerta da alcuni di tali mutamenti, che si collocano esattamente in quel solco di "fattispecie a formazione progressiva" cui innanzi si è fatto riferimento e che sono stati prontamente colti dalla dottrina quali aperture di possibili, nuove forme di organizzazione religiosa nell'ordinamento italiano: ci si riferisce alle Associazioni di promozione sociale "con finalità di ricerca etica e spirituale", di cui alla l. 7 dicembre 2000, n. 383, che gli studiosi di diritto ecclesiastico hanno espressamente individuato come una fattispecie normativa potenzialmente idonea a rispondere a molte delle attese delle confessioni prive di intesa e alle problematiche dischiuse dallo sviluppo dei nuovi movimenti religiosi, aprendo un canale alternativo di diritto comune al riconoscimento giuridico della più recente fenomenologia religiosa.

Come a dire che il legislatore, resosi conto delle note rigidità della legge 1159/29 nei cui canoni tante formazioni a carattere religioso (tra cui quella ricorrente) non rientrano, ha predisposto anche strumenti giuridici più flessibili ed alle stesse, probabilmente, più consoni.

4. Conclusivamente, il ricorso in epigrafe va respinto.

(...)

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia-Romagna - Bologna, I sezione, respinge il ricorso in premessa.

(...)

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

(...)

Presentazione

La sezione di Giurisprudenza e legislazione canonica relativa al numero primo dell'anno 2008 della rivista *Diritto e Religioni* si presenta più ricca ed articolata rispetto alle precedenti. Il che è indicativo del fatto che la stessa rivista sta ormai entrando nella fase della sua piena attività.

La sezione si apre con i due discussi e discutibili *Motu proprio* di Benedetto XVI, relativi rispettivamente alla reintroduzione della messa pre conciliare ed alle modifiche apportate all'elezione del Vescovo di Roma. I due *Motu proprio* sono oggetto dei due contributi dottrinali di Pasquale Colella e di Carmela Ventrella Mancini, ai quali dunque si rimanda per un più approfondito esame.

La sezione di legislazione prosegue con la pubblicazione di una circolare del Comitato per gli enti e i beni ecclesiastici della Conferenza Episcopale Italiana, con la quale si stabilisce la necessità di acquisire un parere previo dell'istituto centrale per il sostentamento del clero in materia di rapporti patrimoniali fra gli Istituti diocesani ed interdioesani per il sostentamento del clero e gli altri enti ecclesiastici.

La sezione di giurisprudenza si apre con un contributo di Mario Ferrante sulla competenza dei Tribunali Ecclesiastici diocesani a riconoscere per adozione titoli nobiliari nel diritto canonico. Lo scritto di Ferrante riguarda un decreto del tribunale diocesano di Perugia, pubblicato in nota al contributo.

La pubblicazione della sentenza di nullità del Tribunale Ecclesiastico Regionale Siculo appare di un certo interesse, poiché la stessa decisione è fondata sul capo di nullità dell'incapacità ad assumere e adempiere gli obblighi essenziali del matrimonio relativamente al dovere di educare la prole in soggetto affetto da pedofilia. Si tratta di un tema sul quale, se non andiamo errati, non vi è stata ancora alcuna pronuncia del Giudice rotale. Inoltre, l'importanza della decisione sta nel fatto che la stessa concerne i nuovi fronti dell'incapacità consensuale, che per la drammaticità dei fatti che in casi simili coinvolgono i fedeli, è di sicuro interesse per il canonista.

La sezione di giurisprudenza canonica si conclude con la pubblicazione di tre decisioni rotali, due sentenze ed un decreto, che sono state curate da due nuovi preziosi collaboratori della parte II relativa alla "giurisprudenza e legislazione canonica": il dottor Alessandro Riccio ed il dott. Luigi Straniero. A loro, l'augurio di un sempre più proficuo contributo alla rivista ed i ringraziamenti del responsabile della sezione.

Litterae apostolicae motu proprio datae Benedictus XVI Summorum pontificum

Summorum Pontificum cura ad hoc tempus usque semper fuit, ut Christi Ecclesia Divinae Maiestati cultum dignum offerret, «ad laudem et gloriam nominis Sui» et «ad utilitatem totius Ecclesiae Suae sanctae».

Ab immemorabili tempore sicut etiam in futurum, principium servandum est «iuxta quod unaquaeque Ecclesia particularis concordare debet cum universali Ecclesia non solum quoad fidei doctrinam et signa sacramentalia, sed etiam quoad usus universaliter acceptos ab apostolica et continua traditione, qui servandi sunt non solum ut errores vitentur, verum etiam ad fidei integritatem tradendam, quia Ecclesiae lex orandi eius legi credendi respondet»¹.

Inter Pontifices qui talem debitam curam adhibuerunt, nomen excellit sancti Gregorii Magni, qui tam fidem catholicam quam thesauros cultus ac culturae a Romanis in saeculis praecedentibus cumulatam novis Europae populis transmittendos curavit. Sacrae Liturgiae tam Missae Sacrificii quam Officii Divini formam, uti in Urbe celebrabatur, definiri conservarique iussit. Monachos quoque et moniales maxime fovit, qui sub Regula sancti Benedicti militantes, ubique simul cum Evangelii annuntiatione illam quoque saluberrimam Regulae sententiam vita sua illustrarunt, «ut operi Dei nihil praeponatur» (cap. 43). Tali modo sacra liturgia secundum Romanum non solum fidem et pietatem sed et culturam multarum gentium fecundavit. Constat utique liturgiam latinam variis suis formis Ecclesiae in omnibus aetatis christianae saeculis permultos Sanctos in vita spirituali stimulasse atque tot populos in religionis virtute roborasse ac eorundem pietatem fecundasse.

Ut autem Sacra Liturgia hoc munus efficacius expleret, plures alii Romani Pontifices decursu saeculorum peculiarem sollicitudinem impenderunt, inter quos eminet Sanctus Pius V, qui magno cum studio pastorali, Concilio Tridentino exhortante, totum Ecclesiae cultum innovavit, librorum liturgicorum emendatorum et «ad normam Patrum instauratorum» editionem curavit eosque Ecclesiae latinae usui dedit.

Inter Ritus romani libros liturgicos patet eminere Missale Romanum, quod in romana urbe succrevit, atque succedentibus saeculis gradatim formas assumpsit, quae cum illa in generationibus recentioribus vigente magnam habent similitudinem.

«Quod idem omnino propositum tempore progrediente Pontifices Romani sunt persecuti, cum novas ad aetates accommodaverunt aut ritus librosque liturgicos determinaverunt, ac deinde cum ineunte hoc nostro saeculo ampliorem iam complexi sunt redintegrationem»². Sic vero egerunt Decessores nostri Clemens VIII, Urbanus

¹ *Institutio generalis Missalis Romani*, Editio tertia, 2002, 397

² Ioannes Paulus Pp. II, Litt. ap. *Vicesimus quintus annus* (4 Decembris 1988), 3: AAS 81 (1989), 899.

VIII, sanctus Pius XI³, Benedictus XV, Pius XII et beatus Ioannes XXIII.

Recentioribus autem temporibus, Concilium Vaticanum II desiderium expressit, ut debita observantia et reverentia erga cultum divinum denuo instauraretur ac necessitatibus nostrae aetatis aptaretur. Quo desiderio motus, Decessor noster Summus Pontifex Paulus VI libros liturgicos instauratos et partim innovatos anno 1970 Ecclesiae latinae approbavit; qui ubique terrarum permultas in linguas vulgares conversi, ab Episcopis atque a sacerdotibus et fidelibus libenter recepti sunt. Ioannes Paulus II, tertiam editionem typicam Missalis Romani recognovit. Sic Romani Pontifices operati sunt ut «hoc quasi aedificium liturgicum [. . .] rursus, dignitate splendidum et concinnitate» appareret⁴.

Aliquibus autem in regionibus haud pauci fideles antecedentibus formis liturgicis, quae eorum culturam et spiritum tam profunde imbuerant, tanto amore et affectu adhaeserunt et adherere pergunt, ut Summus Pontifex Ioannes Paulus II, horum fidelium pastoralis cura motus, anno 1984 speciali Indulto -“Quattuor abhinc annos”, a Congregatione pro Cultu Divino exarato, facultatem concessit utendi Missali Romano a Ioanne XXIII anno 1962 edito; anno autem 1988 Ioannes Paulus II iterum, litteris Apostolicis “Ecclesia Dei” Motu proprio datis, Episcopos exhortatus est ut talem facultatem late et generose in favorem omnium fidelium id petentium adhiberent.

Instantibus precibus horum fidelium iam a Praedecessore Nostro Ioanne Paulo II diu perpensis, auditis etiam a Nobis Patribus Cardinalibus in Concistorio die XXIII mensis martii anni 2006 habito, omnibus mature perpensis, invocato Spiritu Sancto et Dei freti auxilio, praesentibus Litteris Apostolicis DECERNIMUS quae sequuntur:

Art. 1. Missale Romanum a Paulo VI promulgatum ordinaria expressio “Legis orandi” Ecclesiae catholicae ritus latini est. Missale autem Romanum a S. Pio V promulgatum et a B. Ioanne XXIII denuo editum habeatur uti extraordinaria expressio eiusdem “Legis orandi” Ecclesiae et ob venerabilem et antiquum eius usum debito gaudeat honore. Hae duae expressiones “legis orandi” Ecclesiae, minime vero inducent in divisionem “legis credendi” Ecclesiae; sunt enim duo usus unici ritus romani.

Proinde Missae Sacrificium, iuxta editionem typicam Missalis Romani a B. Ioanne XXIII anno 1962 promulgatam et numquam abrogatam, uti formam extraordinariam Liturgiae Ecclesiae, celebrare licet. Conditiones vero a documentis antecedentibus “Quattuor abhinc annos” et “Ecclesia Dei” pro usu huius Missalis statutae, substituantur ut sequitur.

Art. 2. In Missis sine populo celebratis, quilibet sacerdos catholicus ritus latini, sive saecularis sive religiosus, uti potest aut Missali Romano a beato Papa Ioanne XXIII anno 1962 edito, aut Missali Romano a Summo Pontifice Paulo VI anno 1970 promulgato, et quidem qualibet die, excepto Triduo Sacro. Ad talem celebrationem secundum unum alterumve Missale, sacerdos nulla eget licentia, nec Sedis Apostolicae nec Ordinarii sui.

Art. 3. Si communitates Institutorum vitae consecratae atque Societatum vitae apostolicae iuris sive pontificii sive dioecesani quae in celebratione conventuali seu

³ *Ibid.*

⁴ S. Pius Pp. X, Litt. Ap. Motu proprio datae *Abhinc duos annos* (23 Octobris 1913): AAS 5 (1913), 449-450; cfr Ioannes Paulus II, Litt. ap. *Vicesimus quintus annus* (4 Decembris 1988), 3: AAS 81 (1989), 899.

“communitatis” in oratoriis propriis celebrationem sanctae Missae iuxta editionem Missalis Romani anno 1962 promulgatam habere cupiunt, id eis licet. Si singula communitas aut totum Institutum vel Societas tales celebrationes saepe vel plerumque vel permanentemente perficere vult, res a Superioribus maioribus ad normam iuris et secundum leges et statuta particularia decernatur.

Art. 4. Ad celebrationes sanctae Missae de quibus supra in art. 2 admitti possunt, servatis de iure servandis, etiam christifideles qui sua sponte id petunt.

Art. 5. § 1. In paroeciis, ubi coetus fidelium traditioni liturgicae antecedenti adhaerentium continenter existit, parochus eorum petitiones ad celebrandam sanctam Missam iuxta ritum Missalis Romani anno 1962 editi, libenter suscipiat. Ipse videat ut harmonice concordetur bonum horum fidelium cum ordinaria paroeciae pastoralis cura, sub Episcopi regimine ad normam canonis 392, discordiam vitando et totius Ecclesiae unitatem fovendo.

§ 2. Celebratio secundum Missale B. Ioannis XXIII locum habere potest diebus ferialibus; dominicis autem et festis una etiam celebratio huiusmodi fieri potest.

§ 3. Fidelibus seu sacerdotibus id petentibus, parochus celebrationes, hac in forma extraordinaria, permittat etiam in adiunctis peculiaribus, uti sunt matrimonia, exsequiae aut celebrationes occasionales, verbi gratia peregrinationes.

§ 4. Sacerdotes Missali B. Ioannis XXIII utentes, idonei esse debent ac iure non impediti.

§ 5. In ecclesiis, quae non sunt nec paroeciales nec conventuales, Rectoris ecclesiae est concedere licentiam de qua supra.

Art. 6. In Missis iuxta Missale B. Ioannis XXIII celebratis cum populo, Lectiones proclamari possunt etiam lingua vernacula, utendo editionibus ab Apostolica Sede recognitis.

Art. 7. Ubi aliquis coetus fidelium laicorum, de quo in art. 5 § 1 petita a paroco non obtinuerit, de re certiore faciat Episcopum dioecesanum. Episcopus enixe rogatur ut eorum optatum exaudiat. Si ille ad huiusmodi celebrationem providere non potest res ad Pontificiam Commissionem “Ecclesia Dei” referatur.

Art. 8. Episcopus, qui vult providere huiusmodi petitionibus christifidelium laicorum, sed ob varias causas impeditur, rem Pontificiae Commissioni “Ecclesia Dei” committere potest, quae si consilium et auxilium dabit.

Art. 9, § 1. Parochus item, omnibus bene perpensis, licentiam concedere potest utendi rituali antiquiore in administrandis sacramentis Baptismatis, Matrimonii, Poenitentiae et Unctionis Infirmorum, bono animarum id suadente.

§ 2. Ordinariis autem facultas conceditur celebrandi Confirmationis sacramentum utendo Pontificali Romano antiquo, bono animarum id suadente.

§ 3. Fas est clericis in sacris constitutis uti etiam Breviario Romano a B. Ioanne XXIII anno 1962 promulgato.

Art. 10. Fas est Ordinario loci, si opportunum iudicaverit, paroeciam personalem ad normam canonis 518 pro celebrationibus iuxta formam antiquiorem ritus romani erigere aut rectorem vel cappellanum nominare, servatis de iure servandis.

Art. 11. Pontificia Commissio “Ecclesia Dei” a Ioanne Paulo II anno 1988 erecta⁵, munus suum adimplere pergit.

⁵ Cfr Ioannes Paulus Pp. II, *Litt. ap. Motu proprio datae Ecclesia Dei* (2 iulii 1988), 6: AAS 80 (1988), 1498.

Quae Commissio formam, officia et normas agendi habeat, quae Romanus Pontifex ipsi attribuere voluerit.

Art. 12. Eadem Commissio, ultra facultates quibus iam gaudet, auctoritatem Sanctae Sedis exercebit, vigilando de observantia et applicatione harum dispositionum.

Quaecumque vero a Nobis hisce Litteris Apostolicis Motu proprio datis decreta sunt, ea omnia firma ac rata esse et a die decima quarta Septembris huius anni, in festo Exaltationis Sanctae Crucis, servari iubemus, contrariis quibuslibet rebus non obstantibus.

Datum Romae, apud Sanctum Petrum, die septima mensis Iulii, anno Domini MMVII, Pontificatus Nostri tertio.

Considerazioni sul “motu-proprio” di Benedetto XVI “Summorum Pontificum”

PASQUALE COLELLA

1. Il *Motu proprio* emanato il 7 luglio 2007 da Papa Benedetto XVI ed entrato in vigore il 14 settembre 2007 dopo una lunga gestazione ha suscitato sorprese, critiche, dissensi, di non poco rilievo¹, questioni che hanno suscitato non pochi interventi ed anche provocato inviti ufficiali ai Vescovi onde siano ligi ed osservanti nell'applicazione concreta del “motu-proprio” papale.

Non è, infatti, casuale che il segretario della Congregazione vaticana per il culto e la disciplina dei sacramenti Albert Malcom Ranjith non solo commenta il documento che ristabilisce la messa pre-conciliare, ma critica vivacemente le innovazioni del Vaticano II in quanto afferma in una ampia intervista rilasciata all'agenzia Fides² che la lettera di Papa Ratzinger non solo costituisce un segno della “sollecitudine del S.Padre di aprire la strada al rientro nella piena comunione della Chiesa ai seguaci di monsignor Lefebvre ma anche un segno per tutta la Chiesa sul valore di alcuni principi teologico-disciplinari da salvaguardare per un suo profondo rinnovamento tanto auspicato dal Concilio, rinnovamento che non deve essere a scapito o senza la storia” in quanto la riforma liturgica “deve essere fedele a tutto ciò che è successo dagli inizi ad oggi senza esclusioni”.

Un intervento del genere non sta solo a significare che il Messale del 1962 non è stato mai abrogato e che esso abbia un uso definito “straordinario” che eccezionalmente si affianca al Messale romano ordinario del 1970 promulgato da Paolo VI ma va oltre anche a quanto stabilito da Giovanni Paolo II con l'Indulto del 1984 che concedeva la ripresa dell'uso del vecchio Messale del 1962 inteso come forma eccezionale liturgica da praticarsi soltanto su concessione del vescovo ordinario del luogo, quando si ravvisano obiettive e consistenti richieste³. Se a quanto detto si

¹ Il *Motu proprio Summorum Pontificum* trovasi con un sintetico commento, tra l'altro, in *Il Regno-doc*, 1 settembre 2007, n. 15, pp. 457 ss ed è accompagnato da una Lettera ai Vescovi di Benedetto XVI che pure trovasi in *Il Regno doc*. 1 settembre 2007, n. 15, pp 461 ss.

² L'intervista di mons. Albert Malcom Ranjith è apparsa sul numero del 16 novembre 2007 dell'agenzia cattolica Fides ed è riportata parzialmente in *Adista* dell'1 dicembre 2007, n. 83, pp. 3ss nella quale appare esplicito il proporre una interpretazione riduttiva della costituzione conciliare *Sacrosanctum Concilium* ed un modo esplicito per ridimensionare la partecipazione attiva dei fedeli alla messa ed un richiamo ai vescovi ed ai fedeli che hanno sollevato rilievi e perplessità su una riforma liturgica amministrativa, in quanto permette e non comanda ed in quanto riafferma il carattere straordinario e non normativo obbligatorio della stessa disposizione affermando addirittura che “in alcune nazioni e diocesi sono state emanate dai vescovi delle disposizioni che annullano o deformano l'intenzione del Papa”.

³ Si vedano per tutti da ultimi le perplessità sollevate da Enzo Bianchi, in *Vita e pensiero*, 2007, n.

aggiunge l'autorizzazione concessa al celebrante con il sacerdote nuovamente rivolto verso l'altare e con le spalle ai fedeli, la critica dell'eliminazione delle balaustre sugli altari e alla indiscriminata distribuzione della Comunione in mano dei fedeli ci si accorge che ci troviamo di fronte ad un discutibile tentativo che non tiene conto degli aspetti positivi della riforma conciliare e che indubbiamente costituisce se non un passo indietro certamente la rimessa in discussione degli effetti innovatori e partecipativi introdotti dal Vaticano II sulla fede e sulla vita liturgica della Chiesa, non tenendo conto che la Costituzione *Sacrosanctum Concilium* non solo è stato il primo e più completo documento espresso ed approvato dal Concilio Vaticano II ma è stato definito *fons ed culmen* della vita cristiana⁴.

2. Come si vede “il restauro della messa tridentina” con il conseguente ripristino dell'uso del vecchio messale del 1962 non può passare inosservato ed appare destinato a rinfocolare malumori, riserve e dissensi soprattutto quando si cerca non solo di dare un peso eccessivo a richieste di “minoranze tradizionaliste” che comunque non erano state private della legittimità di una conservazione dell'“antico” ma si cerca di ridimensionare le acquisizioni del concilio Vaticano II e di imporre autoritativamente e con procedimenti amministrativi speciali e circoscritti norme che non sono in senso stretto “norme giuridiche” ma certamente atti subordinati a leggi fondamentali quali una costituzione conciliare, anche in un ordinamento giuridico come quello canonico nel quale non esiste una gerarchia formale delle fonti normative⁵.

Bisogna anzitutto ricordare che la costituzione *Sacrosanctum Concilium* al n. 22 e la costituzione *Lumen Gentium* ai numeri 22-27 stabiliscono che i vescovi diocesani hanno autorità propria sulla ricezione e applicazione della liturgia nelle proprie diocesi e che quindi appaiono forzate, pretestuose e gravi i comportamenti di quanti indicano come “disobbedienti” e come autori di comportamenti non consoni con la dignità e la nobiltà di un pastore della Chiesa gli atteggiamenti di quei vescovi che hanno formulato riserve e critiche. Tale fatto è tanto più grave in quanto la riprovazione è affermata in una intervista rilasciata da un autorevole esponente della curia romana, che non tiene conto che al vescovo diocesano spetta la valutazione e l'ascolto delle

⁵ e specialmente per la Francia, nel numero *Le Monde des religions*, gennaio 2008 ed ivi ulteriori riferimenti e così pure i rilievi di Simona Borello, *Liturgia: intimismo o partecipazione?*, in *Il Foglio* 2007, n. 347, dicembre, pp. 1-2.

⁴ Sul valore e sulla “centralità” della costituzione liturgica *Sacrosanctum concilium*, definita da don Germano Pattaro “L'epistolario dell'amore fra Dio e l'umanità” riportato ultimamente in *Esodo* 2007, n. 3, p. 61; vedasi al riguardo per tutti Giuseppe Dossetti, *Per una chiesa ecumenica. Rilettura della portata dottrinale della Costituzione liturgica del Vaticano II* (a cura di Giuseppe Alberigo e Giuseppe Ruggieri), il Mulino, Bologna 2007, e per una ricostruzione accurata della genesi e del dibattito sul documento cfr. per tutti: AA.VV., *Storia del Concilio vaticano II* (a cura di Giuseppe Alberigo), il Mulino, Bologna 1997, specialmente vol. 3° pp 243 ss ed ivi bibliografia e riferimenti.

⁵ Non a caso con la Costituzione *Sacrae disciplinae leges* di Giovanni Paolo II del 25 gennaio 1983 con la quale promulgava il nuovo *Codex juris canonici* è affermato testualmente che: “il nuovo codice potrebbe intendersi come un grande sforzo di tradurre perfettamente in linguaggio “canonistico” questa stessa dottrina, cioè la ecclesiologia conciliare; se poi è impossibile tradurre perfettamente in linguaggio canonistico l'immagine della Chiesa, tuttavia a questa immagine il Codice deve sempre riferirsi, come ad esempio primario, i cui lineamenti esso deve esprimere in se stesso, per quanto possibile per sua natura”.

necessità della diocesi in vista di una pastorale armoniosa e feconda che deve tenere conto anzitutto del contesto che esclude il ricorso a certi vecchi usi e subordinatamente dei motivi obiettivi e subiettivi minoritari riguardanti gruppi di fedeli rimasti legati alla precedente tradizione liturgica⁶.

Bisogna altresì ricordare che proprio Benedetto XVI ha affermato che “la messa tradizionale non esprime la vocazione alla *caritas* “universale” chiudendosi a riccio ma è un modo per vivere la vita della Chiesa; la tradizione non è trasmissione di parole o di cose, una collezione di opere ma è il fiume vivo nel quale le origini sono sempre presenti”⁷.

Ci sembra perciò di potere affermare al di là delle strumentalizzazioni estremistiche e dei fondamentalismi nostalgici ed anche superando le tentazioni di quanti vorrebbero servirsi della messa di Paolo V per le loro battaglie culturali a volte folkloristiche e politiche che è opportuno tenere conto che la coesistenza tra le due forme liturgiche non sia necessariamente una contrapposizione ma un modo per una crescita ed un progresso, operando “una migrazione verso la riforma conciliare che possa meglio permettere, anche a chi è nato nella liturgia preconciare di offrire a Dio un culto spirituale con tutta la chiesa”; giustamente, come prosegue Enzo Bianchi, “il rito attuale non è altro che la riforma del rito di Pio V e che è fedele ed è in comunione con la Chiesa che dopo avere prodotto quel messale segue oggi l’attuale liturgia riformata della Chiesa nel sec.XX”⁸.

3. In conclusione ci sembra che questo intervento di indubbio arretramento nei confronti dell’attuazione della riforma liturgica operata dal Vaticano II non sia di per sé tale da ridimensionare quella apertura al mondo che il Vaticano II ha sprigionato “se il messale non entri nelle diatribe tra i cattolici”; si rileva che “la Chiesa che non è del mondo ma è nel mondo deve aprirsi per accogliere e rendere sante tutte le spinte positive della cultura contemporanea, rifiutando e combattendo tutto ciò che è negativo, vuoto, distruttivo”⁹.

A tal proposito è lecito pensare che queste novità non creano dissensi anche quando non suscitano entusiasmi e reazioni vivaci almeno considerando in particolare la situazione europea ed italiana; malgrado questa specie di “controriforma” ci sembra di potere dire che le idee espresse dalla riforma liturgica del Vaticano II siano state generalmente accettate da una chiesa aperta al mondo moderno ed alla storia non immobile nel coltivare il passato ed operata da credenti che vogliono vivere con consapevolezza “i segni del tempo”. L’inevitabile freddezza nei confronti di un pontificato che appare anche di “decantazione”¹⁰ non è tale da generare approvazioni calorose anche da parte di minoranze consenzienti e non è neanche

⁶ vedasi ancora l’intervista citata di mons. Albert Malcom Ranjith.

⁷ Cfr. Benedetto XVI, *Discorso all’udienza generale del 26 aprile 2006*, in *L’Osservatore Romano* del 27 aprile 2006. Vedasi: Alberto Melloni, *L’inizio di Papa Ratzinger*, Einaudi, Torino 2006, pp. 75 ss, nonché: Giancarlo Zizola, *Il papato negli ultimi decenni*, in *Rocca*, 1 dicembre 2007, n. 23, pp. 47 ss.

⁸ Cfr. Enzo Bianchi *op. loc.cit.*

⁹ Cfr. Guido Milanese, *Il Messale non entri nelle diatribe tra i cattolici*, in *Vita e pensiero*, 2007, n. 6, pp. 124 ss

¹⁰ In tal senso vedasi: Alberto Melloni, *L’inizio di Papa Ratzinger*, cit, specialmente nell’ultimo capitolo del suo lavoro.

produttivo *rebus sic stantibus* di una contestazione che determini un dissenso aperto e dichiarato, benché è evidente che atti del genere fanno vivere le comunità cristiane in una situazione indubbiamente un po' ambigua, sospetta e forse anche oscillante¹¹. Le resistenze di gran parte dell'episcopato non solo indicano che questa opinabile decisione di Benedetto XVI sia quanto meno poco opportuna ma ci consente di pensare che è opportuno uscire fuori da queste ambiguità se vogliamo che anche gli atti amministrativi papali “possono essere segni e strumenti di misericordia e di gioia e di quella carità universale che si manifesta nella Chiesa vivente attraverso la carità di tutti coloro che credono in Cristo”¹², carità che “non scambia strumenti e segni per il mistero che mai si identifica e mai si esaurisce”¹³.

¹¹ Cfr. da ultimo Filippo Gentiloni, *Non c'è dissenso ma neanche entusiasmo*, in *Il manifesto*, 3 febbraio 2008, p. 2.

¹² Cfr. ancora: Guido Milanese, *Il Messale non entri nelle diatribe*, cit. p. 128; vedasi anche Carlo Maria Card. Martini, *C'è una voce in ognuno che non ci spinge a Dio*, in *Il Corriere della sera* 16 novembre 2007, pp. 55 ss, nonché le osservazioni molto più critiche espresse da Giovanni Miccoli, in *Difesa della fede. La chiesa di Giovanni Paolo II e di Benedetto XVI*, Rizzoli, Milano 2007, ove è detto che “il tono piano e quasi dimesso delle argomentazioni non bastano a nascondere la carenza delle stesse e la perentorietà dei contenuti e dei giudizi” per poi in seguito ancora rilevare che “tutto sembra mostrare l'idea che solo l'accettazione del magistero della Chiesa inteso nella sua interezza ed oggettività sia in grado di conferire consistenza e spessore morale ai comportamenti individuali e collettivi, quella consistenza e spessore che lo Stato democratico uscito dal pensiero illuministico e dalla rivoluzione è ormai incapace di offrire”.

¹³ Cfr. ancora: Enzo Bianchi, *op e loc. ult. cit.*

Litterae apostolicae motu proprio datae De aliquibus mutationibus in normis de electione romani pontificis Benedictus XVI

Constitutione apostolica *Universi Dominici gregis*, die XXII Februarii anno MCMXCVI promulgata¹, Venerabilis Decessor Noster Ioannes Paulus II, nonnullas immutationes induxit in normas canonicas servandas pro electione Romani Pontificis a Paulo VI, felicitis recordationis, statutas².

In numero septuagesimo quinto memoratae Constitutionis statutum est ut exhaustis incassum omnibus suffragationibus, iuxta normas statutas peractis, in quibus ad validam electionem Romani Pontificis duae ex tribus partes suffragiorum omnium praesentium requiruntur, Cardinalis Camerarius Cardinales electores consulat de modo procedendi, atque agetur prout eorum maior absoluta pars decreverit, servata tamen ratione ut electio valida evadat aut maiore absoluta parte suffragiorum aut duo nomina tantum suffragando, quae in superiore scrutinio maiorem suffragiorum partem obtinuerunt, dum hoc quoque in casu sola maior absoluta pars requirebatur.

Post promulgatam vero laudatam Constitutionem, haud paucae petitiones, auctoritate insignes, ad Ioannem Paulum II pervenerunt, sollicitantes ut norma traditione sancita restitueretur, secundum quam Romanus Pontifex valide electus non haberetur nisi duas ex tribus partes suffragiorum Cardinalium electorum praesentium obtinisset.

Nos igitur, quaestione attente perpensa, statuimus ac decernimus ut, abrogatis normis quae in numero septuagesimo quinto Constitutionis Apostolicae *Universi Dominici gregis* Ioannis Pauli II praescribuntur, hae substituantur normae quae sequuntur:

Si scrutinia de quibus in numeris septuagesimo secundo, tertio et quarto memoratae Constitutionis incassum reciderint, habeatur unus dies orationi, reflexioni et dialogo dicatur; in subsequentibus vero suffragationibus, servato ordine in numero septuagesimo quarto eiusdem Constitutionis statuto, vocem passivam habebunt tantummodo duo nomina quae in superiore scrutinio maiorem numerum suffragiorum obtinuerunt, nec recedatur a ratione ut etiam in his suffragationibus maioritas qualificata suffragiorum Cardinalium praesentium ad validitatem electionis requiratur. In his autem suffragationibus, duo Cardinales qui vocem passivam habent, voce activa carent.

Hoc documentum cum in *L'Osservatore Romano* evulgabitur statim vigere incipiet. Haec decernimus et statuimus, contrariis quibusvis non obstantibus.

Datum Romae, apud Sanctum Petrum, die XI mensis Iunii, anno MMVII, Pontificatus nostri tertio.

¹ IOANNES PAULUS II, Constitutio apostolica *Universi Dominici gregis*, 22 februarii 1996, in AAS 88 (1996) 305-343.

² PAULUS VI, Constitutio apostolica *Romano Pontifici eligendo*, 1 octobris 1975: AAS 67 (1975) 605-645.

Principio di maggioranza e rappresentatività nel riformato sistema di elezione del vescovo di Roma

CARMELA VENTRELLA MANCINI

1. L'atteso *Motu proprio* «De aliquibus mutationibus in normis de electione Romani Pontifici», emanato da Benedetto XVI l'11 giugno 2007 e pubblicato sull'Osservatore romano il 27 dello stesso mese, è stato accolto favorevolmente come la rivincita della tradizione sulla innovazione nella prospettiva di un'opportuna ricomposizione di un aspetto fondamentale della storia della Chiesa. Nell'unico numero riformato della Costituzione apostolica *Universi Dominici gregis* (n. 75) il Pontefice viene a confermare la necessità che la designazione del suo successore sia fondata su una rappresentatività del consenso del corpo elettorale più ampia della maggioranza assoluta voluta da Giovanni Paolo II.

Nella prospettiva di un'attenta lettura comparativa delle norme secondo una chiave interpretativa non politica degli eventi conclavistici, passati e futuri, s'intende offrire qualche considerazione innanzi tutto sul sistema precedente, sul quale viene ad innestarsi la revisione.

Nel capitolo quinto della *UDG*, relativo allo svolgimento dell'elezione, il n. 74 stabilisce che, nel caso in cui i Cardinali incontrino difficoltà nell'accordarsi sulla persona da eleggere, compiuti per tre giorni senza esito positivo gli scrutini nella forma prevista, gli stessi vengano sospesi al massimo per un giorno al fine di avere una pausa di preghiera, di libero colloquio tra i votanti e per una breve esortazione spirituale, fatta dal Cardinale primo dell'Ordine dei Diaconi. Nella medesima sequenza riprendono poi le votazioni per altri due turni, di sette scrutini ciascuno, intervallati da una sosta destinata alla meditazione, sotto la guida del Cardinale che precede l'Ordine dei Presbiteri e successivamente del Cardinale primo dell'Ordine dei Vescovi. In questa tappa dell'*iter* procedurale s'impone il primo cambiamento. In un rituale e cadenzato alternarsi di percorsi materiali e spirituali del meccanismo che vede rallentare il proprio funzionamento, con un significativo prolungamento del tempo giuridico il Legislatore affida ancora alla riflessione attenta dei cardinali il compito della risoluzione: nel confronto con la costituzione montiniana emerge l'attesa fiduciosa del successo nella previsione di un ulteriore spazio per altri sette spogli: «Exinde scrutinia ad eandem formam rursus peragantur, quae, nisi electio interveniet, erunt septem»¹. Nel caso in cui persino i complessivi trentatré scrutini

¹ *Constitutio apostolica Universi Dominici Gregis*, 22 februarii 1996, n. 74, in *AAS* 88 (1996), 337; il n. 76 della Costituzione apostolica *Romano Pontifici eligendo*, 1 octobris 1975, in *AAS* 67 (1975), 640, non prevede di continuare l'operazione per altri sette scrutini affidando immediatamente al Cardinale camerlengo il compito di consultare gli elettori circa il modo di procedere.

(o trentaquattro nel caso si fosse votato il pomeriggio del conclave) fossero risultati infruttuosi, ai cardinali veniva affidata una delicata opera valutativa, data la disponibilità normativa non ristretta quanto alle tecniche elettorali. Si apriva così la fase più complessa e delicata delle operazioni di voto, le cui modalità di svolgimento erano determinate unicamente dalla decisione dei votanti. Il n. 75 della *UDG* prescriveva infatti che, esperite le votazioni senza alcun risultato, secondo lo schema evidenziato, il Camerlengo doveva invitare i cardinali elettori ad esprimere parere sulle forme di prosecuzione, chiarendo che si sarebbe comunque proceduto secondo quanto la maggioranza assoluta di loro avrebbe stabilito. Sarebbe stato, quindi, sufficiente che la metà più uno degli elettori presenti avesse deciso di designare il pontefice o con il sistema del ballottaggio tra i due candidati che, nello scrutinio precedente, avevano ottenuto la maggior parte dei voti, o con l'elezione a forma aperta, esigendo in entrambe le ipotesi la sola maggioranza assoluta². Questa disposizione rappresenta l'aspetto più rivoluzionario della *UDG* rispetto alla legge di Paolo VI che, quanto alla forma per *scrutinio*, confermava, in linea con la storia, l'antico sistema elettorale del vescovo di Roma³; proprio la riduzione del *quorum* sia per la determinazione sia per l'esercizio dei criteri elettorali alternativi costituisce l'oggetto dell'intervento dell'attuale Pontefice. Come sottolinea il Santo Padre, le pressioni esercitate già dopo la promulgazione della costituzione del 1996 hanno determinato il cambiamento nella direzione del ripristino della norma sancita dalla tradizione, secondo la quale il Romano Pontefice non è validamente eletto se non abbia ottenuto due terzi dei suffragi dei cardinali presenti.

Al di là delle indiscutibili ragioni di opportunità che hanno orientato il detto indirizzo, indubbiamente più garantistico del valore della conformità d'intenti, si ritiene necessaria qualche riflessione su aspetti rilevanti della *UDG* sotto il profilo delle soluzioni giuridiche in essa prospettate alla luce di un particolare angolo visuale dell'istituzione del conclave. La peculiare dimensione nella quale Giovanni Paolo II sembra collocare la trama giuridica della materia della successione appare consacrata già nella parte introduttiva della Costituzione apostolica. Nel confronto altresì con la *Romano Pontifici eligendo*, singolare risulta l'approccio alla regolamentazione giuridica della elezione; nella *UDG* il Pontefice, in una sorta di chiarimento preliminare del suo intervento legislativo, sottolinea la costante necessità, anche alla luce di un'attenta disamina storica, di confermare il conclave, nella sua struttura essenziale, per l'ordinato e sollecito svolgimento delle operazioni di voto nonostante la cognizione dell'esistenza di un comune e consolidato orientamento dei teologi e degli studiosi "di tutti i tempi" (*omnium aetatum*) nel senso della inutilità "naturale" (*suapte natura*) dell'istituto per una valida elezione. In questa dimensione, l'esigenza stessa di formalizzare tecniche procedurali, nell'adeguamento a nuove istanze, appare ispirata dalla necessità di assicurare uno svolgimento regolare delle operazioni di voto, particolarmente in momenti di tensione, in linea con le vicende del conclave che ne hanno determinato, nel corso dei secoli, le risoluzioni normative.

La preminenza accordata agli elementi divini si svela nella "natura sacrale dell'atto" (*sacra actus indole*) e nel richiamo alla responsabilità di ciascun elettore. Nel complesso processo di determinazione umana nel delicato ufficio di elezione del successore di Pietro si ribadisce la necessità del luogo dove espressioni cultuali e giuridiche si

² *UDG*, cit., n. 75, 337.

³ *RPE*, cit., n. 65, 634.

armonizzano nella consapevolezza della presenza di Dio. Tutto nella Cappella Sistina aiuta l'animo ad accogliere "i moti interiori dello Spirito Santo" in un suggestivo gioco di luci e trasparenze degli accadimenti e delle coscienze, a cui si aggiunge il significato del messaggio pittorico⁴. Il conclave, nella rinnovata dimensione anche materiale di operatività del consesso dei cardinali⁵, in un significativo ribaltamento del senso originario d'individuazione di un corpo elettivo come delimitato da uno spazio chiuso, viene a evidenziare l'adesione personale nella congruenza al compito assunto in vista dell'azione comune per la progettazione terrena del Regno di Dio. Nella prospettiva teologica della UDG, le "chiavi", da strumento per il raggiungimento rapido del fine, lungo la consolidata lettura degli avvenimenti storici sottesi alle leggi elettorali, diventano il simbolo stesso della Chiesa in una chiara percezione dell'incidenza della scelta personale, della quale ciascun elettore deve rispondere in una valutazione postuma, non solo umana. In una dimensione normativa in cui prevale la centralità dell'uomo quale protagonista del conclave, in un passaggio di forte rottura con la tradizione della Chiesa, considerevole appare l'abrogazione del modo di elezione per acclamazione *quasi ex inspiratione*, ormai inadatto ad interpretare il pensiero di un collegio elettivo tanto eterogeneo per numero e provenienza. Di non poco conto altresì la soppressione dell'elezione per compromesso, di difficile applicazione a causa del groviglio di norme emanate nel corso dei tempi e "di natura tale da comportare un'attenuazione del senso di responsabilità degli elettori, che non sarebbero chiamati ad esprimere personalmente il proprio voto" (*...quia est natura, ut quandam electorum officii conscientiam imminutam secum ferat, quippe qui, hoc si ita evenit, ad sua suffragia ferenda non ipsi vocentur*)⁶.

2. Una riforma decisamente articolata, quella di Giovanni Paolo II, segnata dalla coraggiosa interruzione della linea della tradizione in un capovolgimento delle prospettive, non incidenti esclusivamente sull'aspetto del *quorum* elettorale. Eppure solo per questo profilo, come visto, si sono registrate reazioni tali da giustificare l'intervento dell'attuale Pontefice. La recente negazione della configurazione dello Spirito Santo quale fattore della dinamica elettorale, il più antico nella storia del papato, non ha suscitato disapprovazione, contrariamente a quanto accaduto a proposito della disposizione che ha investito dell'elezione una commissione cardinalizia, rispetto a quella prevista nel passato più ristretta, ma molto più ampia di quella richiesta dal compromesso, rimasto in vigore fino al 1996.

In realtà, l'innovazione elettorale descritta è stata accolta con favore particolarmente per il processo di "democratizzazione" del sistema elettorale⁷, epurato degli elementi assolutistici del passato e trasformato secondo le esigenze ecclesiali e gli orientamenti della cultura moderna. Il rinnovato profilo del conclave, in una prospettiva di libertà anche fisica dell'assemblea, segna la svolta dell'elezione in senso decisamente volontaristico. L'unicità della forma di elezione del Pontefice, quella per

⁴ v. *Introduzione*, 309.

⁵ «Conclave ad Summum Pontificem eligendum fiet in Civitate Vaticana...» (UDG, cit., n. 41, 323). «Electio Summi Pontificis fieri debet in Conclavi, quod ex more Aedibus Vaticanis vel, ob peculiare causas, alio in loco constituitur, postquam clausum est...» (RPE, cit., n. 41, 624).

⁶ *Introduzione*, cit., 310.

⁷ ALBERTO MELLONI, *Il conclave. Storia di una istituzione*, Bologna, Il Mulino, 2001, 153 ss.

scrutinio, consente in realtà di realizzare, come si legge nella *UDG*, “un’effettiva e costruttiva partecipazione di tutti e singoli i Padri cardinali” (...*certam et constructivam omnium singulorumque Patrum Cardinalium participationem...*)⁸. In quest’ottica appare non trascurabile un altro intervento, che qui si vuole evidenziare nella sua novità; mentre la costituzione di Paolo VI stabiliva in termini perentori l’inizio dello svolgimento delle operazioni di voto la mattina seguente alla chiusura del conclave (*mane, postridie clausum Conclave*)⁹, Giovanni Paolo II lascia invece al Sacro Collegio la discrezionalità di procedere già nel pomeriggio del primo giorno: l’immediato inizio deve essere decretato dalla maggioranza, a proposito della quale non si forniscono ulteriori specificazioni¹⁰. Si ritiene però che, trattandosi di votazione non attinente strettamente alle procedure di scrutinio, sia sufficiente la maggioranza semplice. Il pontefice, inoltre, si affida alle eminenti doti di pietà e prudenza dei cardinali quando consegna loro, in una composizione numerica inferiore, l’incresciosa gestione dell’elezione frustrata o fallita dopo tredici giorni: la contrazione prevista per «un evento improbabile»¹¹ mira unicamente ad arginare una sconveniente stasi. L’originalità di questa disposizione risiede non tanto nella possibilità di poter procedere alla elezione a maggioranza assoluta quanto proprio nella riduzione del numero legale perché tale decisione del collegio sia valida; infatti i criteri elettivi alternativi sia del ballottaggio sia della elezione a maggioranza assoluta erano già previsti dal n. 76 della *RPE* ove però a stabilire una di queste forme fosse intervenuta l’unanimità. Non è, peraltro, teoricamente escluso che la conclusione degli aventi diritto possa essere anche nel senso della prosecuzione della elezione nella forma ordinaria dello scrutinio a maggioranza qualificata dei due terzi¹². Al di là della concreta praticabilità di questa direzione decisionale, anche alla luce del fatto che l’abbassamento del *quorum*, previsto solo dopo numerosi tentativi di soluzione dilazionati nel tempo, risponde alla urgenza di superare la paralisi elettorale, non si può escludere che ragioni di opportunità possano determinare l’assemblea verso una scelta elettorale secondo il criterio di una maggioranza più estesa. In una sorta di rafforzamento implicito del volere abrogativo del legislatore già espresso nell’Introduzione della Costituzione, la formula negativa “Ne recedatur tamen a ratione ut electio valida evadat aut maiore absoluta parte suffragiorum...”¹³ potrebbe essere letta come dispositiva di un limite minimo di voti al di sotto del quale l’eventuale nomina, in qualunque modo avvenuta, sarebbe nulla; ciò si verificherebbe, ad esempio, nel caso in cui si affidasse la designazione ad un numero più ristretto di candidati così come previsto dallo strumento del compromesso, che la Costituzione apostolica andava a cancellare.

In questa insolita dinamica procedurale, si può affermare che nella *UDG* il com-

⁸ *Introduzione*, cit., 310.

⁹ *RPE*, cit., n. 62, 632.

¹⁰ *UDG*, cit., n. 54, 329.

¹¹ LADISLAS ÖRSY, *Una scelta per l’unità. Le ragioni di un ritorno alla tradizione per l’elezione del Papa*, in *Il Regno*, 15 gennaio 2007, n. 1005, 440; in argomento cfr. altresì GEORGE WEIGEL, *God’s choice. Pope Benedict XVI and the Future of the Catholic Church*, 2005, trad. a cura di F. Felice, *Benedetto XVI. La scelta di Dio*, Soveria Mannelli, Rubettino, 2006, 146 s.

¹² Cfr. GUIDO MARCHESI, *Le nuove norme per l’elezione del Papa*, in *La Civiltà cattolica*, 1996, vol. II, 286.

¹³ *UDG*, cit., n. 75, 337.

promesso da formula elettorale, finalizzata cioè all'elezione, diventa mezzo elettorale, nel senso che nella fase decisionale, previa alla concretizzazione della decisione adottata, un numero notevolmente più esteso di elettori non scelgono il futuro pontefice, ma si accordano su una modalità di elezione, decretando la rinuncia definitiva alle altre. I cardinali, quindi, nella costante considerazione del bene della Chiesa, devono indicare il modo e la forma secondo cui si deve procedere all'elezione e che cosa si richiede affinché la stessa sia valida; tra queste decisioni non si può escludere anche quella di continuare l'elezione a maggioranza dei due terzi. Si ricordi, inoltre, che la legge, in vista di una rapida risoluzione del conclave, esorta ripetutamente i cardinali ad un libero scambio di pareri, sotto la guida della preghiera, escluso ogni tipo di patteggiamento, accordo, promessa od altri impegni, che possano condizionare la scelta individuale¹⁴.

Il diverso ruolo attribuito ai cardinali quanto al compito esclusivo loro assegnato emerge anche da differenze terminologiche, che, pur nella sostanziale uniformità contenutistica, rilevano in alcuni passaggi significativi. In particolare, in entrambe le Costituzioni apostoliche, del 1975 e del 1996, in una peculiare sinergia di forze umane e divine, individuali e collettive, l'opera dei cardinali appare indirizzata verso una definizione del conclave nel senso della velocità, della consonanza e del profitto, in vista della salvezza delle anime e del bene comune¹⁵. A ben guardare, però, mentre nella *RPE* le espressioni "celeritas" e "utilitas" sottolineano il carattere della rapidità e del beneficio della elezione a favore "di tutto il mondo cattolico" (n. 85), nella *UDG* l'indicazione della stessa come "sollicita" e "frugifera" (n. 84) pone invece l'accento sulla manifestazione d'impegno o di partecipazione, che si traduce in comportamenti di premurosa e pronta vigilanza nell'interesse "dell'intero Popolo di Dio".

Non sono da trascurare, inoltre, gli effetti negativi che potrebbero derivare da un lento raggiungimento del *quorum*, più qualificato sotto il profilo numerico, non solo per l'immagine della Chiesa, ma anche per quella del futuro Pontefice; sulla storia personale di quest'ultimo, pur nella convergenza del corpo elettivo, graverebbe il peso dell'indecisione, più o meno reiterata, del corpo elettorale in un processo alterativo del significato originario dell'istituzione del conclave.

3. L'intervento di Benedetto XVI ha rivisitato il sistema elettorale voluto dal suo predecessore sotto diversi profili; in realtà il *motu proprio* in esame non si limita a ripristinare la norma secondo la quale il Pontefice non è validamente eletto se non abbia ottenuto due terzi dei suffragi dei Cardinali in ogni fase del procedimento; oltre a questo aspetto, che aveva sollevato perplessità e dubbi, come dimostra il riferimento alle "non poche autorevoli petizioni", già rivolte a Giovanni Paolo II e dirette ad un cambiamento dello stesso, il rinnovato n. 75 della *UDG* viene infatti a delineare una diversa disciplina delle formule tecnico-operative di esercizio del voto e delle regole conclavistiche in materia di elettorato attivo e passivo. Innanzitutto, la riproduzione del principio della maggioranza dei due terzi viene calato in un regime elettorale ritoccato in senso decisamente vincolistico; le nuove prescrizioni impongono limitazioni in un ambito tradizionalmente lasciato all'autonomia degli elettori, quello

¹⁴ v. *UDG*, cit., nn. 81-83, 339.

¹⁵ Sull'elezione del nuovo Pontefice come "azione di tutta la Chiesa" v. *RPE*, cit., n. 85, 642 s.; *UDG*, cit., n. 84, 340.

cioè della libera autodeterminazione circa le modalità di prosecuzione dell'elezione. La riforma propone, invero, un decisivo cambiamento rispetto al consolidato valore della preminenza accordata alla volontà degli elettori dalle leggi precedenti; le disposizioni vigenti prevedono che, nel momento di stallo elettorale, nemmeno una maggioranza più rassicurante sotto il profilo evidenziato può valutare d'individuare la persona del Successore tra tutti i candidati, essendo obbligata a sceglierne uno all'interno del binomio più votato. Nel quadro normativo di riferimento emergono esigenze contrapposte: da un lato la vittoria plebiscitaria come espressione di una larga compartecipazione di voleri – peraltro in un momento storico nel quale il più cospicuo consenso intorno all'eletto non è strumentale a scongiurare gravi attentati all'unità della Chiesa¹⁶, né lo stesso può rappresentare superiori garanzie di governabilità del popolo –, dall'altro l'esigenza di rapidità del conclave, nella imposizione dell'opzione quanto alla persona da designare, sacrifica il diverso orientamento, assicurato dal diritto previgente, orientato ad una scelta rispettosa di un'elezione sempre aperta a tutti, e non solo ai due candidati preferiti nello spazio temporale dello scrutinio precedente.

In un rafforzamento dell'idea di intervallo determinato dalla necessità della ponderazione, le norme del 2007 richiedono un giorno in più rispetto alla *UDG* da dedicare alla preghiera, alla riflessione e al confronto prima di procedere al ballottaggio, rispettata la procedura stabilita nel n. 74 della stessa Costituzione. Inevitabile, in questa fase del procedimento elettorale, la soppressione della figura del Camerlengo quale cardinale tradizionalmente preposto a raccogliere le volontà dell'assemblea elettiva in ordine al corso da assegnare alla vicenda dell'investitura del pontefice.

In un impianto normativo proteso alle dinamiche terrene del conclave in adesione alle evoluzioni dei tempi, il percorso storico della elezione del Successore di Pietro si completa in procedure cautelative contro le umane debolezze degli elettori. La visione di una Chiesa forte è riflessa anche dall'accordo nel sostegno condiviso intorno al suo Pastore in una sorta di blindatura verso ogni forma di attentato alla incensurabilità del sistema. In questa prospettiva va letta un'altra innovazione elettorale, quella cioè della perdita del diritto di voto attivo da parte dei due candidati al ballottaggio. Non deve gravare sul futuro papa neppure il sospetto di un atteggiamento auto-pferenziale; nella diversa soluzione offerta dal diritto elettorale dei predecessori Paolo VI e Giovanni Paolo II, i quali non dettano norme in tal senso nel caso di adozione della forma elettorale del ballottaggio a sistema chiuso¹⁷, in un passaggio chiaro e decisivo Benedetto XVI, negando ai due cardinali più votati il *ius eligendi*, elimina

¹⁶ Il can. 1, *De electione Summi Pontificis*, del Concilio Lateranense III (a. 1179) sottolinea come l'aver introdotto la regola della maggioranza dei due terzi per la valida elezione del pontefice c, nello stesso tempo, il disconoscimento del diritto di ricorso per il candidato che aveva ottenuto un terzo dei suffragi rispondeva all'esigenza di evitare alla Chiesa un pericoloso scisma (J.D. MANSI, *Sacrorum Conciliorum nova et amplissima collectio*, vol. 22, Graz 1961, col. 217). Per l'analisi dello sviluppo storico del Conclave cfr. ALBERTO MELLONI, *op. cit.*, 40 ss.

¹⁷ Paolo VI, riprendendo una modifica introdotta da Pio XII nel 1945, aveva fissato la regola della maggioranza dei due terzi dei voti più uno, eliminando dunque l'onere di verificare se l'eletto avesse votato per se stesso (*RPE*, cit., n. 65, 634). Giovanni Paolo II ripristina invece la regola introdotta da Giovanni XXIII nel 1962, secondo la quale si richiede un voto in più sui due terzi solo se il Collegio degli elettori non possa essere diviso in tre parti uguali (*UDG*, cit., n. 62, 331). Sul significato storico-politico della regola in questione cfr. ALBERTO MELLONI, *op. cit.*, 119, 158.

alla radice il problema di un eventuale scomodo accertamento del comportamento moralmente riprovevole.

Un'interpretazione letterale del *motu proprio*, anche nel confronto con le costituzioni anteriori, fa propendere inoltre per una restrizione della categoria degli eleggibili; l'affermazione secondo la quale il ballottaggio deve avvenire tra i due "cardinali" più votati nel precedente scrutinio sembra dare per presupposto che il confronto avvenga sempre fra porporati o almeno in questa fase problematica della elezione. Non è però ragionevole ipotizzare che il possesso dei requisiti necessari possa modificarsi solo in ragione del protrarsi nel tempo delle difficoltà, nel senso cioè che, mentre prima del trentatreesimo (o trentaquattresimo) scrutinio sarebbe irrilevante lo *status* del candidato, in conformità al diritto canonico, successivamente l'appartenenza dello stesso al Collegio cardinalizio diventerebbe presupposto inderogabile per una valida elezione.

Ove tale esplicitazione risultasse corretta, le nuove disposizioni, in un'intransigente lettura della storia, rileverebbero non solo per la recezione normativa del diritto scritto tramandato in materia di *quorum*, ma soprattutto per la canonizzazione o formalizzazione dei comportamenti elettorali, costantemente osservati nei secoli, diretti alla nomina di soli cardinali. Ciò comporterebbe non solo un travolgimento della *UDG* nelle parti in cui la Costituzione viene a regolare aspetti tecnici inerenti all' elettorato passivo (nn. 88-90) con un effetto abrogativo anche del can. 332 § 1 *c.i.c.*¹⁸, ma soprattutto determinerebbe il sovvertimento dell'originaria struttura della nomina papale nel principio giuridico secondo il quale soggetto eleggibile è qualsiasi fedele battezzato di sesso maschile.

Per concludere queste riflessioni sul *motu proprio* di Benedetto XVI in materia di elezione del Romano Pontefice non si può non sottolineare come le differenti soluzioni normative proposte costituiscano risposte concrete a visioni particolari dell'avvicendamento nella sede di Pietro. Nell'obiettivo comune che si realizza attraverso percorsi diversificati, s'impone l'alterità dell'interpretazione del conclave, nella ricerca complessa di un'equilibratura fra forze eterogenee.

Si vuole terminare con alcuni versi, il cui ricordo è rievocato dalla lettura dei passi salienti dell'aggiornamento del sistema elettorale della *Universi Dominici gregis*. Nella comprensione degli stimoli luminosi del dipinto di Michelangelo, in una rievocazione suggestiva della sua duplice partecipazione al conclave, Giovanni Paolo II inserisce il momento del "grave e arduo ufficio" della designazione del Successore dopo la sua morte. Ai piedi della stupenda policromia sistina, in uno dei passaggi più significativi del testo poetico, sono posti i cardinali, "gli uomini, a cui è stata affidata la tutela del lascito delle chiavi", in un singolare intreccio di elementi divini e umani.

«Con-clave»: una compartecipata premura
del lascito delle chiavi, delle chiavi del Regno.
Ecco, si vedono tra l'Inizio e la Fine,

¹⁸ Il can. 332 § 1 del codice di diritto canonico subordina l'acquisizione della piena e suprema potestà nella Chiesa, oltre che all'accettazione della legittima elezione, anche alla consacrazione episcopale. Il codice pio-benedettino stabiliva invece che il Romano Pontefice otteneva la potestà annessa *ipso iure* al suo ufficio fin dal momento della sua accettazione. Il can. 219 recitava: *Romanus Pontifex, legitime electus, statim ab acceptata electione, obtinet, iure divino, plenam supremae iurisdictionis potestatem.*

tra il Giorno della Creazione e il Giorno del Giudizio...
È stabilito per gli uomini di morire una sola volta,
e poi il Giudizio!
Definitiva trasparenza e luce.
Trasparenza degli eventi –
Trasparenza delle coscienze –
Bisogna che, durante il Conclave, Michelangelo renda
Di questo consapevoli gli uomini –
Non dimenticate: *Omnia nuda et aperta sunt
ante oculos Eius.*
Tu che penetri tutto –indica!
Lui indicherà...»¹⁹.

¹⁹ GIOVANNI PAOLO II, *Giudizio*, in *Trittico Romano. Meditazioni*, a cura di G. Reale, Città del Vaticano, Lev, 2003, 67.

Comitato per gli enti e i beni ecclesiastici - Roma, 27 giugno 2007

Circolare n. 35

Parere previo dell'Istituto Centrale per il sostentamento del clero nel caso di rapporti patrimoniali fra gli Istituti diocesani e interdiocesani per il sostentamento del clero e altri enti ecclesiastici.

L'Istituto Centrale per il sostentamento del clero [ICSC], che ha il compito specifico di verificare la correttezza delle linee gestionali degli Istituti diocesani e interdiocesani per il sostentamento del clero [IDSC], ha segnalato a questo Comitato situazioni in cui taluni IDSC nell'ambito della gestione dei loro patrimoni, hanno posto atti non coerenti con le loro finalità istituzionali. Nella quasi totalità dei casi, tali atti traggono origine da rapporti posti in essere con enti ecclesiastici.

Poiché i predetti rapporti hanno configurato situazioni che, nella sostanza, paiono in contrasto con la normativa vigente, la Presidenza della CEI, a cui il Comitato ha rimesso la questione ai sensi dell'art. 12 della delibera n. 58 del 1° agosto 1991¹, ha ritenuto che in futuro simili comportamenti debbano essere opportunamente corretti.

1. Inquadramento della problematica

E' opportuno ricordare che, all'origine, gli IDSC furono dotati del patrimonio già appartenente agli enti beneficiari e che il passaggio dei beni avvenne a condizioni fiscalmente agevolate rispetto a quelle normalmente applicabili nel caso di trasferimento di beni, in considerazione del fatto che la legge affida agli Istituti la finalità primaria di provvedere ad assicurare, con i redditi dei propri patrimoni, il congruo e dignitoso sostentamento del clero che svolge servizio in favore delle diocesi².

Proprio per differenziare nettamente tale finalità da quelle perseguite dagli altri enti ecclesiastici, la stessa legge³ – tenuto conto che nei patrimoni degli enti beneficiari erano confluiti, nel corso del tempo, beni la cui finalità non rispondeva alla funzione istituzionale degli enti beneficiari, quella cioè di sostenere il sacerdote titolare del-

¹ L'art. 12 della delibera n. 58 ("Testo unico delle disposizioni di attuazione delle norme relative al sostentamento del clero che svolge servizio in favore delle diocesi") attribuisce alla Presidenza della CEI la competenza a decidere gli interventi necessari qualora risultasse che in una diocesi le disposizioni vigenti in materia di sostentamento del clero non sono state applicate correttamente.

² Cfr legge 20 maggio 1985, n. 222, artt. 24 e 35ss.

³ Cfr art. 29, quarto comma.

l'ufficio beneficiato – riconobbe ai Vescovi diocesani la facoltà di assegnare a diocesi, parrocchie e capitoli non soppressi i soli beni destinati a finalità pastorali e che non erano destinati al sostentamento dei sacerdoti.

La facoltà di “ritrasferire” mediante decreto vescovile, avente anche effetto civile, beni dall'IDSC a diocesi, parrocchie e capitoli non soppressi è venuta meno in seguito all'Intesa tra la Santa Sede ed il Governo italiano, raggiunta attraverso uno Scambio di note in data 13 novembre - 14 dicembre 2000⁴.

Depurati così dai beni aventi scopi pastorali, i patrimoni degli IDSC devono essere utilizzati esclusivamente per la produzione di reddito con il quale assicurare la finalità del sostentamento del clero, che è loro propria. Per questa ragione, in linea di principio, non possono essere alienati a titolo gratuito o agevolato, o comunque rimessi nella disponibilità di altri enti ecclesiastici per conseguire un asserito “vantaggio pastorale”, che di fatto ne riduce o addirittura ne annulla la redditività. D'altra parte, deve essere accuratamente evitato ogni intento speculativo nella locazione di unità immobiliari a uso abitativo. È altresì da escludersi l'acquisizione, anche mediante l'accettazione di donazioni disposte da altri enti ecclesiastici, di fabbricati non redditizi o gravati da oneri modali che li rendono di fatto improduttivi.

Da un punto di vista più generale si deve infatti osservare che i patrimoni degli Istituti, costituiti dai beni ex-beneficiali nonché da quelli acquisiti successivamente alla loro erezione, sono connotati da tratti di specificità originale, che richiedono una particolare attenzione nella gestione. Si tratta, infatti, di beni che, per decisione della Chiesa e dello Stato, sono finalizzati all'esclusivo scopo del sostentamento del clero. Già sottoposti a diretta tutela statale, sono stati affrancati dalla medesima e affidati alla libera gestione della Chiesa a partire dal presupposto che sarebbero stati mantenuti nelle finalità loro proprie, concorrendo così con la loro redditività ad alimentare i flussi di un sistema bilanciato tra fonti ecclesiali (remunerazioni a carico degli enti ecclesiastici e redditi prodotti dai patrimoni degli Istituti per il sostentamento del clero) e interventi agevolativi dello Stato (erogazioni liberali fiscalmente deducibili e quota dell'otto per mille dell'IRPEF), sì che la loro gestione risulta indirettamente sottoposta a periodica verifica paritetica⁵. È peraltro evidente che la valutazione delle offerte deducibili e dei flussi dell'otto per mille non può prescindere dalla considerazione dell'apporto proveniente al sistema dalla gestione dei beni ex-beneficiali.

Alla luce di quanto premesso, la Presidenza della CEI, nella seduta del 19 giugno 2007, ha preso atto delle problematiche emergenti e ha dato mandato al Comitato di impartire all'Istituto Centrale e agli Istituti diocesani le opportune direttive, idonee a regolare gli atti patrimoniali posti in essere dagli IDSC con altri enti ecclesiastici, al fine di impedire che queste operazioni depauperino il patrimonio dei predetti Istituti mettendo così a rischio il sistema di sostentamento del clero.

Il Comitato ha quindi formulato le seguenti disposizioni, che attribuiscono all'ICSC il compito di esaminare previamente le operazioni sotto elencate, per valutarne la congruità con le finalità istituzionali degli IDSC.

⁴ A seguito dell'Intesa, l'Agenzia del Territorio, con la circolare n. 2 del 6 aprile 2001, comunicò alle Agenzie del Territorio locali che a far tempo dal 14 dicembre 2000 non potevano più essere accolte eventuali domande di trascrizione dei decreti vescovili di ritrasferimento, anche se adottati in data anteriore al 14 dicembre 2000.

⁵ Cfr legge 20 maggio 1985, n. 222, art. 49.

2. Disposizioni operative

A far data dal 1° agosto 2007, gli IDSC dovranno sottoporre al parere previo dell'ICSC le seguenti operazioni da loro poste in essere con altri enti ecclesiastici:

- a. contratti di locazione, di comodato o altri atti di disposizione di beni immobili di valore superiore alla somma minima fissata dalla delibera n. 20⁶;
- b. partecipazioni in società e associazioni in partecipazione;
- c. accettazione di donazioni di beni immobili di valore superiore alla somma minima fissata dalla delibera n. 20;
- d. acquisti di beni immobili, quale che sia il loro valore;
- e. alienazioni di beni immobili, quale che sia il loro valore; f. costituzione di diritti reali.

Il parere previo dovrà essere richiesto all'ICSC con le modalità che lo stesso Istituto renderà note con apposita comunicazione.

L'ICSC è tenuto a rilasciare il parere, per la cui formulazione potrà esercitare i necessari poteri di istruttoria, entro sessanta giorni dalla ricezione della richiesta. Al fine del computo di tale termine, sarà considerato neutro il periodo intercorrente tra il 20 dicembre e il 10 gennaio e l'intero mese di agosto. In caso di silenzio entro i termini prefissati, il parere deve intendersi positivo.

L'ICSC comunicherà il proprio parere al Presidente dell'IDSC richiedente e, per conoscenza, al Presidente del Collegio dei revisori dei conti dell'IDSC e al Vescovo competente.

L'IDSC dovrà fare espressa menzione del parere rilasciato dall'ICSC nella richiesta di autorizzazione da presentare al Vescovo competente.

Nel caso di parere negativo, il Presidente dell'IDSC, previa delibera del Consiglio di amministrazione e con l'autorizzazione del Vescovo diocesano, potrà chiedere entro trenta giorni il riesame dell'istanza al Comitato per gli enti e i beni ecclesiastici.

All'attuazione operativa (individuazione dei supporti informativi, tempistica, connessione con gli stati di previsione, ecc.) delle disposizioni contenute nella presente circolare provvederà l'ICSC, a cui è anche demandata la valutazione dell'opportunità di promuovere incontri con gli amministratori e revisori dei conti degli IDSC, al fine di illustrare il significato e la portata dei nuovi adempimenti.

⁶ Attualmente pari a euro 250.000.

Note critiche sulla competenza dei Tribunali ecclesiastici diocesani in materia di titoli nobiliari e sulla loro acquisibilità per adozione nel diritto canonico

MARIO FERRANTE

1. Considerazioni introduttive

Il decreto in commento del Tribunale ecclesiastico diocesano perugino del 30 gennaio 2006 si è espresso positivamente in merito a un “ricorso di accertamento di discendenza per filiazione legittima patrilineare ex can. 101 c.d.c.” volto ad appurare “l’acquisizione legittima di titolo comitale” da parte di un soggetto adottato¹.

¹ La decisione – già pubblicata nel 2007 in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale, rivista telematica*, www.Statoechiese.it, con nota di MARIO FERRANTE, *Considerazioni critiche sulla competenza del Tribunale ecclesiastico diocesano in tema di titoli nobiliari e di adozione* – si riporta di seguito in sintesi. Nella fattispecie giudicata, il Tribunale ecclesiastico perugino, con provvedimento reso in forma di decreto giudiziale del 30 Gennaio 2006, si è così pronunciato: “Vista l’istanza della parte richiedente di pronunciamento con sentenza di merito riguardo all’acquisizione legittima di titolo comitale in quanto figlio adottivo di...; Visto quanto disposto dal can. 110 e 108 § CIC; Valutate le addotte motivazioni; Visti i documenti allegati, sia canonici che statuali, tutti in forma autentica; Non avendo rilevato la necessità di richiedere aggiunte per integrare l’istruttoria; il tribunale procede per: accertare l’affermata discendenza in linea retta maschile, primigenia, legittima dell’istante dal capostipite...; accertare la legittima adozione (dell’istante); stabilire con sentenza – esplicitando tale condizione grado per grado così come derivata dagli atti – la posizione di legittimità della agnazione; accertare il conferimento del titolo comitale da parte di Sua Maestà., con lettere patenti del 15 Settembre 1963, con conseguente titolazione trasmissibile in perpetuo a tutti i figli.

- In fatto:

- a) (*Omissis*);

- b) È dimostrato che sono state adempiute tutte le formalità essenziali previste per la ricostruzione della linea diretta ed ininterrotta fino al capostipite certo...;

c) Infatti, agli atti canonici di battesimo, matrimonio e morte si aggiungono gli atti statuali certificativi e le Regie lettere patenti che, stante l’autorità emittente, costituiscono anche decreto formale di erezione canonica, essendo la *Fons Honorum* Vicario Temporale del Sommo Pontefice, infatti Umberto II, quale Sovrano d’Italia e Duca di Savoia, esercitava la propria potestà anche quale Re di Gerusalemme, Re di Cipro, Re di Armenia, Principe di Acaia e Marchese Tarantasia, titoli concessi alla dinastia sabauda dai Sommi Pontefici”;

- d) (*Omissis*)

DECRETA:

- la discendenza legittima del ricorrente in linea diretta maschile ininterrotta dal “*Dominus*”...per sei generazioni è dunque attestata da quanto sopra esposto e dimostrata dai documenti allegati al libello;

- il diritto al titolo comitale è stato attribuito alla famiglia...da Sua Maestà.. con Regie Lettere Patenti del 14 Settembre 1963, di cui è allegata copia autentica; il titolo in capo alla famiglia dell’adottante, trasmissibile in perpetuo a tutti i discendenti, è quello di Conte, e di conseguenza l’istante è legittimo successore di suddetto titolo comitale”.

Si tratta di un caso piuttosto singolare che ben di rado viene all'attenzione dei tribunali ecclesiastici e che proprio per la sua peculiarità merita un commento. Il provvedimento del Tribunale ecclesiastico induce, infatti, a porsi alcuni interrogativi primo tra tutti quello concernente la competenza *ratione materiae* di tale organo di giustizia e quello circa gli effetti conseguenti all'adozione nel diritto canonico. Occorre cioè verificare se sia possibile adire il tribunale ecclesiastico per l'accertamento dell'acquisizione legittima di un titolo nobiliare, che ponga a base della successione nel titolo l'istituto dell'adozione, con il conseguente approfondimento circa il profilo se dall'adozione derivino nel diritto canonico gli stessi effetti previsti dalla legislazione civile in materia, ovvero effetti diversi, siano essi più ampi – tali da ricomprendere la nobiltà di sangue – o più limitati².

2. Sulla competenza giudiziale del Tribunale diocesano perugino a decretare sull'acquisizione legittima di un titolo nobiliare

Sotto il primo profilo, concernente la competenza a giudicare in materia dei tribunali ecclesiastici, occorre subito rilevare la grave carenza del decreto in esame che neppure si è posto il problema di verificare la sussistenza dei c.d. presupposti giudiziali, ossia dei “requisiti che devono sussistere prima del processo e che si riferiscono alle condizioni che rendono abile l'organo giudicante a conoscere le cause”³. Non si deve, infatti, dimenticare che la potestà giudiziale deve essere sempre esercitata “*modo iure praescripto*”.

Il decreto si limita laconicamente ad affermare che “*Agli effetti del can. 102, questo tribunale diocesano di Perugia si dichiara competente nella presente causa, essendo la parte istante residente in Perugia*”. Si tratta, come è evidente, di un'affermazione che giustifica la competenza territoriale del tribunale, dimostrandosi comunque imprecisa dal momento che il can. 102 si occupa solo delle modalità di acquisto del domicilio o quasi domicilio e non dei criteri di competenza territoriale. Invero il Tribunale avrebbe più propriamente dovuto invocare il can. 1408 che disciplina il titolo di competenza relativa, costituito dal foro del domicilio. Si tratta di un'imprecisione che, se fosse stata isolata all'interno di un'analisi ampia della propria competenza, sarebbe stata valutabile in modo meno critico ma che, per quello che diremo, denota una certa approssimazione nell'affrontare un tema di tutto rilievo come quello della capacità a *ius dicere* (cfr. can. 1407, §2). Nel decreto in oggetto è, infatti, del tutto carente l'analisi della competenza *ratione materiae*.

In altri termini il Tribunale perugino dà per scontata la propria competenza a giudicare sull'acquisizione legittima di un titolo comitale da parte di un soggetto adottato. Si tratta di un'affermazione che desta sorpresa in quanto una tale competenza non è affatto scontata ed anzi, come diremo subito, non sussiste affatto.

² In tema cfr. PIO CIPROTTI, voce *Adozione*, (*dir. Can.*), in *Enciclopedia del diritto*, Varese, vol. I, 1958, p. 600; JULIO GARCÍA MARTÍN, *Le norme generali del Codex Iuris Canonici*, Roma, 1995, pp. 335-336. E con riferimento al tema specifico, v. SALVATORE BORDONALI, *Note controcorrente in tema di nome familiare completo e rivendicazione di titoli nobiliari nei tribunali ecclesiastici*, negli *Studi in onore di Antonio Palazzo*, in corso di pubbl.

³ Così MANUEL JESÚS ARROBA CONDE, *Diritto processuale canonico*, 4ª edizione, Roma, 2001, p. 83.

A tal proposito viene in considerazione il disposto del can. 1401⁴ secondo cui “La Chiesa per diritto proprio ed esclusivo giudica: 1° le cause che riguardano cose spirituali e connesse alle spirituali; 2° la violazione delle leggi ecclesiastiche e tutto ciò in cui vi è ragione di peccato, per quanto concerne lo stabilirne la colpa ed infliggere pene ecclesiastiche”⁵. Il testo del Codice del 1983⁶ risulta ispirato ai principi del Concilio Vaticano II⁷ ed alla mutata ecclesiologia da esso scaturita, che ha condotto al superamento della visione della Chiesa quale *societas perfecta* ed al conseguente abbandono di alcuni istituti dello *ius publicum ecclesiasticum* quali il privilegio del foro (cfr. cann. 120, 614, 680, 2341 CIC 1917) e la prevenzione nelle cause “*in quibus tum Ecclesia tum civilis potestas aequae competentes sunt*” (can. 1553, §2 connesso al can. 1554 del CIC 1917)⁸ e quindi, *a fortiori*, ad abbandonare la competenza nelle “*causae civiles ecclesiasticis accessoriae*”⁹. La Chiesa nella vigenza del codice del 1917

⁴ Viceversa sarebbe improprio rifarsi al can. 1400 che, ad una lettura superficiale, sembrerebbe non porre limiti alla competenza dei tribunali ecclesiastici. In realtà, con più attenta analisi, si nota agevolmente che il suddetto canone ha, nel codice di diritto canonico per la Chiesa latina (cfr. *infra* nota 6), solo la funzione di operare una “divisione del giudizio a motivo dell’oggetto”, ossia “in considerazione della diversa natura e finalità del diritto oggettivo che deve applicare”, specificando in cosa consiste l’oggetto del giudizio contenzioso (§ 1, 1°), quello del giudizio penale (§ 1, 2°) e le vertenze di carattere amministrativo (§ 2). Sul punto FRANCISCO JAVIER RAMOS, *I tribunali ecclesiastici. Costituzione, organizzazione, norme processuali, cause matrimoniali*, Roma, 2000, p. 35.

⁵ A non diverse conclusioni si giunge anche tenendo conto del can. 1491, secondo cui “qualsiasi diritto è munito non solo di azione..., ma anche di eccezione”. Invero tale affermazione deve essere correttamente intesa nel senso che ogni diritto per la cui tutela la Chiesa è competente *ex can.* 1401 è protetta da azione. Del resto lo stesso canone precisa “salva una espressa disposizione contraria”. Tale ultima affermazione, oltre a lasciare intendere che l’azione è distinta dal diritto sottostante, fa salve diverse valutazioni del legislatore tra cui anche quella di determinare l’ambito dei diritti le cui relative azioni sono esperibili nel foro ecclesiastico. In argomento cfr. PIER ANTONIO BONNET, *Azioni ed eccezioni nel processo canonico. Brevi annotazioni ai cc. 1491-1500 del codice del 1983*, in AA.VV., *Magister Canonistarum. Estudios con motivo de la concesión al Prof. Dr. D. Urbano Navarrete, S.J., del doctorado honoris causa*, Salamanca, 1994, pp. 237-258.

⁶ La soluzione adottata dal Codice per la Chiesa latina del 1983 differisce da quella del *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium* del 1990 dove, in base al can. 1055, §1 (che ha un testo uguale al già citato can. 1400 del codice latino, cfr. *supra* nota 4) pare potersi desumere una competenza ben più vasta per i tribunali ecclesiastici delle Chiese orientali, estesa a tutti “*personarum physicarum vel iuridicarum iura perseguenda aut vindicanda vel facta iuridica declaranda*”, soprattutto in considerazione del fatto che nel codice orientale non è riprodotta una norma analoga al can. 1401 del codice latino. In argomento cfr. JAMES ABBAS, *Trials in General: a Comparative Study of the Eastern and Latin Codes*, in *The Jurist*, 2, 1995, pp. 834-874; AA.VV., *Commento Codice dei Canonici delle Chiese Orientali*, a cura di MONS. PIO VITO PINTO, Città del Vaticano, 2001, pp. 877-901.

⁷ Ad esempio la Costituzione *Gaudium et spes* ha chiaramente affermato che la Chiesa “in ragione del suo ufficio e della sua competenza, in nessuna maniera si confonde con la comunità politica” (n. 76). Sul punto cfr. PIO VITO PINTO, *I processi nel Codice di diritto canonico. Commento sistematico al Lib. VII*, Città del Vaticano, 1993, p. 54 il quale ricorda che “In conformità al nuovo spirito conciliare, il legislatore ecclesiastico ha voluto evitare ogni possibile confusione di competenze...”.

⁸ Per un’analisi dell’evoluzione del concetto di *Ius publicum ecclesiasticum* dall’età della Controriforma a quella del Concilio Ecumenico Vaticano II, si rinvia a GIUSEPPE CAPUTO, *Introduzione allo studio del diritto canonico moderno*, T. I, *Lo Jus publicum ecclesiasticum*, seconda ediz., Padova, 1987, pp. 91-215.

⁹ Così CARLO CARDIA, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Bologna, 1996, p. 70.

rivendicava, infatti, la competenza a giudicare “*ex propria potestate*” anche su cause “*de effectibus mere civilibus*”, giungendo a minacciare congrue pene al fedele “*qui causas mixti fori ad iudicem ecclesiasticum deductas ad forum saeculare iudicandas deferit*” (can. 1554).

Nella vigenza del nuovo Codice tale rivendicazione è stata del tutto abbandonata in virtù di un’autodelimitazione di competenza giudiziale nei confronti dello Stato¹⁰ che utilizza quale criterio di distinzione oggettiva quello tra *res spirituales* (es. fede e sacramenti) di competenza ecclesiastica e *res temporales* di competenza statale¹¹. Oggi la Chiesa, si astiene, dunque, dal “trattare controversie su materie che non riguardano in modo essenziale la propria sfera” al punto che “anche quando la materia del conflitto incide su valori che la Chiesa considera suo dovere tutelare, si riconosce la giurisdizione dello Stato, separando adeguatamente gli elementi strettamente canonici dagli altri”¹².

In base al nuovo codice, pur non essendovi dubbi che i tribunali ecclesiastici siano competenti nell’accertare lo *status* personale del fedele e che i *christifideles* possano, a loro volta, rivendicare presso il foro ecclesiastico competente i diritti di cui godono nella Chiesa (can. 221, §1), si ha che la giurisdizione delle corti ecclesiastiche dovrà intendersi limitata esclusivamente a quelle prerogative della persona che sono di natura spirituale o strettamente “*spiritualibus adnexas*”. Si potrà così giudicare sullo *status* coniugale o su quello clericale del fedele, trattandosi di elementi fortemente caratterizzanti sotto il profilo spirituale, al limite – argomentando dal combinato disposto dei cann. 535, §1 e 877, §3 – anche sulla validità dell’atto di adozione (trattandosi di questioni di stato personale canonico) ma sembra da escludere il giudizio sullo *status* nobiliare la cui consistenza spirituale non pare rilevante “sia per sé, sia per connessione, sia per destinazione”¹³.

¹⁰ Cfr. *Communicationes*, 10, (1978), p. 218. Come ricorda PAOLO MONETA, *La giustizia nella Chiesa*, nuova edizione, Bologna, 2002, pp. 23-28, il can. 1401 vorrebbe “precisare e delimitare l’ambito in cui la Chiesa stessa – quale comunità religiosa e, come tale, sollecita di ciò che risulta più consono alla propria natura – ritiene di dover svolgere la propria attività giudiziaria”.

¹¹ Sui criteri di distinzione tra giurisdizione ecclesiastica e giurisdizione civile cfr. MICHELE LEGA, VITTORIO BARTOCCEITI, *Commentarius in iudicia ecclesiastica*, I, Roma, 1950, pp. 8 ss.; FRANCESCO ROBERTI, *De processibus*, I, IV ediz., Città del vaticano, 1956, pp. 128 ss.

¹² Così MANUEL JESÚS ARROBA CONDE, *Diritto processuale canonico*, cit., p. 29, nota 50. L’A. formula anche l’esempio delle “cause di separazione matrimoniale”. Nello stesso senso si veda anche JUAN GOTI ORDEÑANA, *Tratado de derecho procesal canónico*, Madrid, 2001, p. 165 il quale evidenzia la presenza di un duplice ordine di “*límites de la potestad judicial de la Iglesia por razón del objecto. interno y externo*”.

¹³ L’espressione è di FRANCISCO JAVIER RAMOS, *I tribunali ecclesiastici. Costituzione, organizzazione, norme processuali, cause matrimoniali*, cit., p. 46. L’A. precisa che “cose spirituali vengono considerate le cose che sono ordinate alla santificazione delle anime. In concreto: a) per sé: 1) *Essentialiter*: la grazia santificante, le virtù teologali e morali divinamente infuse, i doni dello Spirito Santo, il carattere sacramentale. 2) *Causaliter* (= in quanto intervengono in qualche modo come causa di queste cose spirituali): la Parola di Dio, i sacramenti e il governo ecclesiastico. 3) Come effetto: la pertinenza alla Chiesa, il battesimo, il perdono dei peccati, il matrimonio, l’ordinazione, i miracoli. b) Per connessione: per il rapporto che hanno con le cose spirituali. Si considera non qualsiasi relazione (ad esempio una relazione solo materiale), ma un rapporto intimo, cioè che l’oggetto smetta di essere ciò che è se viene a mancare il rapporto con le cose spirituali. L’esempio più chiaro sono i benefici; si pensi pure ai vasi sacri, agli altari, i luoghi sacri, le processioni, ecc. c) Per destinazione sono cose “spirituali” i beni temporali ordinati ai fini propri della Chiesa. (cfr. can. 1257 § 1)”.

Stante quanto ora detto si evince che il tribunale perugino si sarebbe dovuto porre preliminarmente il problema della propria competenza in materia, dal momento che ne appare assolutamente carente, con tutte le conseguenze giuridiche del caso¹⁴.

3. Sulla pretesa origine di subcollazione pontificia del titolo comitale oggetto del decreto

Il tribunale perugino non avrebbe potuto radicare la propria competenza neppure se avesse cercato di cogliere le potenziali implicazioni giuridiche di un'affermazione contenuta nella parte in fatto del decreto in esame. Invero in essa si afferma che: “*agli atti canonici di battesimo, matrimonio e morte si aggiungono gli atti statuali certificativi e le Regie lettere patenti che, stante l'autorità emittente, costituiscono anche decreto formale di erezione canonica, essendo la Fons Honorum Vicario temporale del Sommo Pontefice, infatti Umberto II, quale Sovrano d'Italia e Duca di Savoia, esercitava la propria potestà anche quale Re di Gerusalemme, Re di Cipro, Re di Armenia, Principe di Acaia e Marchese Tarantasia, titoli concessi alla dinastia sabauda dai Sommi Pontefici*”. Sembra agevole osservare che il lungo elenco di titoli familiari non serve a integrare la capacità di Umberto II di concedere nuovi titoli nobiliari, essendo il fondamento di questi il medesimo di quando era re sul trono. Si tratta di una divagazione che, però, avrebbe potuto essere utilizzata dal Tribunale per tentare di affermare la propria competenza a giudicare partendo dalla presunta natura di “*decreto formale di erezione canonica*” dell'atto di concessione del titolo comitale al primo istituito.

¹⁴ Parzialmente diversa sarebbe stata la conclusione se il tribunale perugino avesse giudicato non direttamente sul punto della trasmissibilità del titolo nobiliare ma solo con accertamento incidentale, sia pure avente efficacia di giudicato. Come è, infatti, noto uno dei criteri con cui è possibile modificare la competenza è quello della c.d. connessione per pregiudizialità, ossia la soluzione di un punto controverso che costituisce antecedente logico di fatto o di diritto necessario rispetto alla decisione della controversia principale, avente “un rilievo autonomo, in quanto destinato a produrre le sue conseguenze giuridiche anche su altri rapporti controversi al di fuori della causa” (cfr. art. 34 c.p.c.). Così LUIGI PAOLO COMOGLIO, CORRADO FERRI, MICHELE TARUFFO, *Lezioni sul processo civile. I. Il processo ordinario di cognizione*, Bologna, 2006, p. 139. Nel diritto processuale canonico, è espressamente disciplinata al can. 1414 la sola connessione c.d. per coordinazione o oggettiva (cfr. art. 33 c.p.c.). Invero, come ricordano CARMELO DE DIEGO-LORA, RAFAEL RODRÍGUEZ-OCAÑA, *Lecciones de Derecho Procesal Canónico*, Navarra, 2003, “*para que haya conexión según esa norma hace falta una conexión objetiva, esto es, derivada de la relación entre ambas peticiones, o una conexión causal, procedente de la unión entre ambas causas de pedir. El foro por conexión, a diferencia del funcional o jerárquico, es de competencia relativa (c. 1407 § 2 en relación el, § 1).*”. Tuttavia sembra possibile concludere, anche ex can. 19, per l'estensione alla questione pregiudiziale della competenza del giudice ad una causa per la quale non ha alcun titolo. In tale ipotesi si ha la c.d. proroga di competenza che “*es un medio necesario para que se produzca la unificación de las causas conexas prescrita por el legislador, esta prórroga no puede ser impedida o impugnada en estas causas por los medios con los que puede impedirse o impugnarse la proroga en otras causas*”. Così JUAN JOSÉ GARCÍA FAILDE, *Tratado de Derecho Procesal Canónico*, Salamanca, 2005, p. 37. È però doveroso fare presente che anche in questo caso si porrebbe il problema del diritto sostanziale applicabile, essendo l'ordinamento canonico carente di una normativa specifica in materia. Una possibile soluzione potrebbe essere quella di applicare la legge dettata per i titoli dall'Ordinamento nobiliare italiano. Sul punto cfr. MARIO FERRANTE, *Sulla competenza dei tribunali ecclesiastici a giudicare della trasmissibilità per adozione di titoli nobiliari*, in corso di pubblicazione.

Come è noto, infatti, “l’ordinamento canonico riconosce il valore dei titoli detti di *subcollazione*, conferiti cioè dai monarchi cattolici *ex Ponticia nempe delegationis*” ma occorre tenere presente che “l’attribuzione di tali titoli, oltre che riposare ovviamente nell’atto di concessione regia, rinvia in modo indiretto all’autorità ecclesiastica”, d’altra parte “la Chiesa riconosce il diritto del singolo a fregiarsi del titolo legittimamente acquisito”, con la conseguenza che essa “non ne esclude, quindi, l’azionabilità in giudizio, a difesa dello stesso in base alla normativa consuetudinaria vigente in materia, ed entro i limiti stabiliti nell’atto di concessione”¹⁵.

Ciò posto si deve tuttavia osservare che se per ipotesi il tribunale avesse assunto a fondamento della propria competenza per materia la presunta derivazione pontificia del titolo non avrebbe avuto miglior fortuna, e ciò per un duplice ordine di motivi. Innanzitutto non risulta da alcuna documentazione che il titolo nobiliare oggetto del giudizio fosse un titolo di subcollazione pontificia. Invero, come si apprende dagli atti del giudizio, il Re Umberto II ha concesso nel 1963 quel titolo comitale nella qualità di re d’Italia, avendo conservato per consuetudine generalmente seguita in queste situazioni la prerogativa sovrana in esilio¹⁶. Non avendo abdicato alla Corona d’Italia, il re continuava a considerarsi e ad essere considerato come *fons honorum*, da ricollegare esclusivamente a quella secolare del sovrano italiano. Infatti il Re Umberto II se avesse realmente avuto l’intenzione di concedere il titolo come legato pontificio avrebbe dovuto specificarlo nell’atto di concessione, cosa che non è accaduta. Poco importa che nella sentenza si faccia riferimento all’antica qualità dei sovrani di Casa Savoia di “*Vicario temporale del Sommo Pontefice*” o altra prerogativa anteriore alla proclamazione del Regno d’Italia, dal momento che, nella fattispecie, non risulta in alcun modo che quel re abbia concesso il titolo in una qualità diversa da quella di Re d’Italia non abdicatario¹⁷.

È appena il caso di ricordare che anche quando è il sommo pontefice a concedere l’investitura di un regno ad un principe, con quell’atto cessa la sua giurisdizione e non ne ha alcuna sull’ordinamento interno e sulla nobiltà del regno concesso. È, infatti, norma comune che ogni sovrano – e quindi anche il papa – abbia giurisdizione unicamente sui titoli concessi da sé e dai propri predecessori.

Per quanto riguarda il Romano pontefice si deve, inoltre, fare una distinzione fra i titoli e la nobiltà da egli concessi quale sovrano territoriale e quelli accordati in qualità di Sommo pontefice: dei primi cessarono le concessioni nel 1870 con la *debellatio* dello Stato Pontificio, mentre i secondi non hanno mai smesso di essere attribuiti¹⁸.

¹⁵ Così ANTONIO INGOGLIA, *Sui titoli nobiliari e sul diritto dei figli “adottivi” a succedervi nell’ordinamento della Chiesa*, in *Ius Ecclesiae*, 2007, in corso di pubblicazione. L’A. ricorda ulteriormente che si tratta di una possibilità “riconducibile, com’è noto, al sistema medioevale della “*potestas directa*”, per cui in certi casi “*principes ex delegatione R.Pontificis populos regere possent et omnes eorum actos subessent directae iurisdictioni Ecclesiae*”. Sul punto cfr. IOANNE CHELODI, *Ius de personis*, Tridenti, 1927, p. 37.

¹⁶ In argomento ALDO MOLA, *Declino e crollo della Monarchia in Italia. I Savoia dall’Unità al referendum del 2 giugno 1946*, Milano, 2006; CARLO MISTRUZZI DI FRISINGA, *I diritti nobiliari e la Costituzione*, Milano, 1957, pp. 80 ss.; MARINO BON VALSINA, voce *Titoli nobiliari*, in *Enc. Giur. Treccani*, Vol., XXXI, Roma, 1994.

¹⁷ Sul punto, v. le considerazioni di SALVATORE BORDONALI, *Note controcorrente in tema di nome familiare ...*, cit.

¹⁸ In argomento SALVATORE BORDONALI, *Riflessi diplomatici e politici della crisi del potere temporale negli anni formativi dell’unità italiana (1859-18619)*, Milano, 1979, p. 204; ARTURO CARLO JEMOLO, *Chiesa e Stato in Italia negli ultimi cento anni*, 5ª edizione, Torino, 1990, pp.175 ss.

Questi ultimi sono titoli concessi – soprattutto nel XIX sec., spesso a stranieri – sul cognome o, più raramente, con predicati puramente onorifici. Ad essi si aggiungono i titoli palatini di conte e di cavaliere aurato, spesso rilasciati in nome del papa da delegati. Sono questi tutti titoli c.d. onorifico-palatini, cioè privi di giurisdizione, che occorre distinguere, in quanto di diversa natura, da quelli concessi dal papa quale sovrano territoriale, quindi, generalmente, con predicati territoriali.

Per i titoli antecedenti al 1870 la giurisdizione transitò ai Re d'Italia, che succedettero ai papi nel dominio sulle regioni già poste sotto la loro sovranità temporale, esattamente così come avvenne per gli altri Stati pre-unitari. I sovrani italiani, infatti, non solo riconobbero e confermarono gli antichi titoli degli Stati che conquistarono, ma effettuarono rinnovazioni, convalide, ed autorizzazioni all'uso, e concessero nuovi titoli con predicati territoriali nelle regioni sulle quali regnavano le antiche dinastie ed il papa. Perduta la sovranità temporale sui suoi antichi Stati, il pontefice continuò ad esercitare la sua *facultas nobilitandi* conferendo nuovi titoli, rivendicando ed esercitando, con tali concessioni, il mai perduto rango di sovrano insito nella qualità di sommo pontefice; e come tali dopo la Conciliazione vennero autorizzati all'uso nel Regno d'Italia¹⁹. Tali titoli hanno però, come detto, natura onorifica e non territoriale. Non risulta che i pontefici, dopo il 1870, abbiano sistematicamente concesso riconoscimenti e convalide di titoli dei loro antichi Stati, come fece il Regno d'Italia creando la Consulta Araldica, e si occuparono piuttosto dei titoli accordati in qualità di sommi pontefici nei tempi più recenti. In altri termini, come fecero le dinastie non più regnanti dopo l'unità d'Italia, il papa lasciò alla giurisdizione sabauda tutta la materia nobiliare anteriore al 1870. Ne consegue che, come diremo meglio di seguito, i soli tribunali dello SCV potrebbero sentenziare in materia nobiliare, ma, beninteso, esclusivamente con riguardo ai soli titoli onorifico-palatini generalmente concessi dopo il 1870²⁰.

Stante quanto ora esposto, ogni tentativo di andare oltre costituirebbe una palese forzatura e per dimostrarlo soccorre il ragionamento, per assurdo, di ammettere che si tratti di un titolo di subcollazione pontificia, nel qual caso rimarrebbe comunque fer-

¹⁹ In base all'art. 42 del Concordato del 1929, la nobiltà di sangue rientrava nel novero delle materie cui assicurare una diretta protezione giudiziaria. Invero era ammesso, mediante decreto, il riconoscimento “dei titoli nobiliari conferiti dai Sommi Pontefici anche dopo il 1870 e di quelli” che sarebbero stati conferiti “in avvenire”. Si aveva cioè la presa d'atto da parte dello Stato del potere della Chiesa di conferire titoli nobiliari e la previsione di una procedura privilegiata per farli riconoscere nel suo territorio. S'intende, però, che tale facoltà incontrava dei limiti ben precisi: non si sarebbe potuto trattare di predicati corrispondenti, almeno dopo il 1870, a territori non più soggetti alla sovranità temporale del pontefice, e, soprattutto, come giustamente ha notato Jemolo, si doveva dare per “certo che il Pontefice non (avrebbe potuto) effettuare mutamenti di cognomi – o di predicati parte del cognome – a cittadini italiani, né così provvedere alle ricostruzioni di grandi casate romane, estinte in linea maschile”. Il disposto dell'art. 42 lasciava intendere anche un riconoscimento di una competenza giudiziale della Chiesa, almeno per i titoli di cui *fons honorum* fosse il pontefice e quindi la capacità ad una “*legitima disceptatio et definitio*” (can. 1552 del *Codex* 1917) dell'agnazione di detti titoli. Cfr. ARTURO CARLO JEMOLO, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, Milano, 1975, pp. 280-283, il quale richiama anche il R. D. 10 luglio 1930 n. 974, relativo “all'autorizzazione ad usare nel regno i titoli nobiliari pontifici”, (nota 8).

²⁰ Si accolgono nel testo le argomentazioni di MAURIZIO BETTOJA contenute nel *forum* http://www.cnicg.net/forum/Subject.asp?S_ID=2399&H_ID=11&seekwor.

ma l'incompetenza a giudicare del Tribunale diocesano di Perugia. Invero, occorre distinguere e precisare, dal momento che per i titoli in cui la *fons honorum* diretta o indiretta sia il Pontefice, la competenza funzionale deve ritenersi riconducibile a un tribunale diverso da quello ecclesiastico e precisamente esclusivamente ai Tribunali dello Stato Città del Vaticano²¹. Invero, in base al diritto vigente, superando i dubbi che potevano sorgere sotto la vigenza del codice piano-benedettino, almeno con riferimento ai titoli ed onorificenze concessi per collazione o subcollazione dal Romano pontefice, gli unici tribunali competenti saranno quelli dello Stato Città del Vaticano²², tenuto anche conto che “i titoli nobiliari e gli ordini cavallereschi hanno essi pure il carattere di concernere tanto la Santa Sede, quanto lo Stato (Vaticano)”²³.

I Tribunali dello Stato Città del Vaticano per giudicare in materia, in mancanza di un'apposita legislazione vaticana in materia, applicheranno l'art. 3 della Legge sulle fonti del diritto del 7 giugno 1929²⁴, secondo cui “Nelle materie, alle quali non provvedano le fonti indicate nell'art. 1, si osservano, in via suppletiva e fino a che

²¹ Cfr. ID., *ibidem*. Diverso dal riconoscimento è l'aspetto circa il diritto all'uso del titolo nobiliare. Sul punto si veda NERI CAPPONI, voce *Titoli nobiliari (dir. can. e eccl.)*, in *Enc. dir.*, vol. XLIV, Varese, 1992, p. 682, il quale rileva che “Data la rilevanza dei titoli nobiliari nel diritto della Chiesa.. costituisce un indubbio diritto del fedele il pretendere dall'autorità ecclesiastica l'uso dei titoli nobiliari, legittimamente spettanti, quale mezzo di identificazione del proprio *status et condicio* (can. 208, 216, 225 §2 *c.i.c.*)”. Nel qual caso, però – ferma restando in foro canonico la competenza a nostro avviso esclusiva dei Tribunali dello SCV – poiché potrebbe configurarsi l'ipotesi di una “controversia ecclesiastica”, sarebbe al più ipotizzabile, ricorrendone i presupposti, l'applicazione del can. 1716, per riconoscere canonisticamente eventuali sentenze arbitrali in materia. In argomento cfr. LUIGI DE LUCA, *La transazione nel diritto canonico*, Roma 1942, *ad indicem*.

²² Nell'ambito della ripartizione di competenze all'interno dei vari tribunali della Chiesa occorre menzionare la Costituzione Apostolica *Pastor Bonus* del 28 giugno 1988, in *AAS*, 80, 1988, pp. 841-934. In base a quanto stabilito dagli artt. 122-124 e 128-129 sembra esclusa la competenza in materia di riconoscimento di titoli nobiliari sia del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica sia della Rota Romana. Salvo, forse, il caso in cui, a norma dell'art. 129, §1, 4°, il romano pontefice non affidi già in primo grado tale tipo di controversie alla Rota, ma ciò esclusivamente in quanto tribunale apostolico facente parte della Curia Romana. In argomento cfr. RAFFAELLO FUNGHINI, *Tribunali*, in AA.VV., *Commento alla Pastor Bonus e alle norme sussidiarie della Curia Romana*, a cura di MONS. PIO VITO PINTO, Città del Vaticano, 2003, pp. 168-192.

²³ In tal senso FEDERICO CAMMEO, *L'ordinamento giuridico dello Stato della Città del Vaticano*, ristampa anastatica dell'edizione del 1932, con la presentazione del Card. ANGELO SODANO e le Appendici di GIUSEPPE DALLA TORRE, PIER ANTONIO BONNET, GIANLUIGI MARRONE, NICOLA PICARDI, GERALDINA BONI, Città del Vaticano, 2005, p. 100, il quale ricorda che “difatti è da presumere per l'avvenire, che, come è accaduto in passato, le dette distinzioni vengano conferite principalmente per meriti verso la Chiesa e per servizi alla medesima resi. Tuttavia è chiaro, che possono conferirsi altresì per meriti verso lo S.C.V. e per servizi resi ad esso, come accadeva nell'antico Stato Pontificio”.

²⁴ A tal proposito occorre ricordare che lo Stato Città del Vaticano dispone di un proprio ordinamento giuridico il cui nucleo centrale è stato costituito il 7 giugno 1929, ossia lo stesso giorno in cui avvenne lo scambio delle ratifiche dei Trattati Lateranensi tra la S. Sede e l'Italia. In tale occasione Pio XI promulgò sei leggi, entrate immediatamente in vigore, che andarono a costituire l'ordinamento giuridico dello Stato della Città del Vaticano: la Legge Fondamentale della Città del Vaticano; la Legge sulle fonti del diritto; la Legge sulla cittadinanza e il soggiorno; la Legge sull'ordinamento amministrativo; la Legge sull'ordinamento economico commerciale e professionale; ed infine la Legge di pubblica sicurezza. Sul punto cfr. JUAN IGNACIO ARRIETA, *Codice di norme vaticane*, Venezia, 2006, *ad indicem*.

non siasi provveduto con leggi proprie della Città del Vaticano, le leggi emanate dal Regno d'Italia fino alla data di entrata in vigore della presente..”²⁵.

Guardando al diritto italiano nobiliare vigente alla data del 7 giugno 1929 vi è da rilevare l'esistenza di una specifica disposizione normativa, contenuta nell'art. 3 del Regio Decreto 16.08.1926, n. 1489 “Nuovo statuto delle successioni ai titoli e agli attributi nobiliari” il quale prevede che “i figli adottivi non succedono nei titoli e nei predicati spettanti all'agnazione dell'adottante”. Tale principio è stato confermato nell'art. 50 dell'Ordinamento dello Stato nobiliare Italiano *approvato con Regio Decreto 7 giugno 1943, n. 651 “Della prerogativa Regia e delle distinzioni nobiliari”, tutt'ora tenuto come punto di riferimento legislativo dal Corpo della Nobiltà Italiana. In base a tale ultima disposizione, “L'assunzione, l'uso e la trasmissione di un cognome, neppure in caso di adozione, implicano il conseguimento dei titoli e degli attributi nobiliari ad esso connessi”*²⁶.

Da tali norme si evince che quello della necessaria discendenza di sangue integra un principio generale del diritto nobiliare e che i titoli ed i trattamenti nobiliari si trasmettono solo attraverso la filiazione legittima²⁷; mentre il principio della legge salica stabilisce che possono ereditare il titolo solo i maschi²⁸.

²⁵ Sul punto PIER ANTONIO BONNET, *Le fonti normative e la funzione legislativa*, in *L'ordinamento giuridico dello Stato della Città del Vaticano*, cit., p. 555, il quale ricorda che il richiamo alla normativa italiana vigente al momento della promulgazione della Legge sulle Fonti del diritto si spiega “per ragioni sia contingenti, non potendosi evidentemente costituire con immediatezza l'intera normativa di un ordinamento giuridico... ed insieme di opportunità (tant'è che la norma è pienamente operativa a oltre settant'anni dalla costituzione dello Stato), anche in considerazione della condizione stessa di *enclave* che alla Città del Vaticano è propria e che, in ambito normativo, rende conveniente una forte continuità..”.

²⁶ Per l'aspetto relativo al predicato cognome, più ampiamente, cfr., SALVATORE BORDONALI, *Nuove prospettive sulla cognomizzazione dei predicati nobiliari*, in *Foro it.*, 2000, I, col. 2375.

²⁷ Con riferimento al divieto di trasmissione del predicato tramite l'adozione, un precedente storico è costituito dall'editto del 20 giugno 1837 con cui Carlo Alberto promulgò il “Codice civile per gli Stati di Sua Maestà il Re di Sardegna”, entrato in vigore il 1° gennaio 1838. Il codice, diviso in 2415 articoli conformava il prototipo francese “ai principii della santa nostra cattolica religione ed a quelli fondamentali della monarchia”. Il vecchio regime si riafferma, per quanto di nostro interesse, in un effetto secondario dell'adozione: “la nobiltà [...] dell'adottante non passa all'adottato senza una sovrana concessione, fatta sulla domanda dell'adottante” (art. 196).

²⁸ Sul punto SALVATORE BORDONALI, *La cognomizzazione dei predicati nobiliari oggi*, in *Riv. di dir. civ.*, 1999, p. 389 il quale ricorda che “dopo la caduta dei profili strettamente nobiliari del predicato” quest'ultimo “si trasmette ai discendenti seguendo le regole del cognome civile. Cioè in un modo che diverge da quanto avveniva in epoca monarchica per gli inserimenti atti ad individuare la distinzione nobiliare e per gli adattamenti dovuti alla legge araldica (esclusione dei figli naturali, adottivi, etc.), divenuti nella Repubblica inoperanti”. L'A. evidenzia che sebbene tale soluzione presenti l'inconveniente di “dilatare il novero degli aventi diritto al cognome predicato oltre l'ambito storicamente designato dalla normativa precostituzionale, in tale modo consentendone l'uso a soggetti che pur legati ad una famiglia da vincoli di sangue non facevano e non fanno parte del ceto nobile” anche se “quasi certamente un soggetto sarebbe portato ad autoescludersi dal portare un predicato che nella pubblica considerazione risulti forzato o addirittura disdicevole”.

4. Osservazioni sugli effetti dell'adozione in diritto canonico

Una volta accertata l'incompetenza funzionale dei tribunali ecclesiastici a giudicare in materia di nobiltà personale, occorre adesso verificare sul piano del diritto sostanziale l'ampiezza degli effetti dell'adozione nel diritto canonico: ossia se questa sia talmente lata da implicare anche la trasmissione di eventuali titoli nobiliari, com'è noto, di regola esclusi. L'indagine per tanto si sposta sulla normativa canonica dell'adozione.

Sul punto il Tribunale diocesano afferma in modo apodittico che “*L'istante essere altresì figlio adottivo, e pertanto ex can 110, legittimo del conte..*”. In altri termini, nel decreto in esame, nel dare per certo quel che era di dimostrare, si opera una perfetta equiparazione tra filiazione adottiva e legittima, basandosi esclusivamente sul disposto del can. 110 del vigente codice, secondo cui “i figli, che sono stati adottati a norma della legge civile, sono ritenuti figli (*ut filii*) di colui o di coloro che li hanno adottati”²⁹. È bene subito precisare che il suddetto canone non precisa quali siano gli effetti dell'adozione³⁰, ragion per cui bisogna ricostruire fino a che punto si possa spingere l'equiparazione tra figli adottati e figli legittimi e, in particolare, se possa estendersi anche alla materia nobiliare. A tal proposito deve ricordarsi che, secondo autorevole dottrina canonistica, il can. 110 accoglie nel diritto della Chiesa, a mente del can. 22³¹, soltanto “l'adozione costituita secondo le condizioni e le formalità prescritte dalla legge civile”³², quindi anche quella effettuata secondo la legge italiana. Quest'ultima tuttavia tiene distinta l'adozione dei minori da quella dei maggiori d'età, che segue nella sostanza la vecchia disciplina dettata dal codice civile, che esclude il rapporto tra l'adottato e la famiglia dell'adottante, cioè quello nel cui ambito si ha la successione nobiliare³³. Nella fattispecie esaminata, quindi, non si è verificata alcuna successione nel titolo familiare dell'adottante. Il dubbio potrebbe sussistere solo in riferimento all'adozione dei minori d'età.

Senonché il vigente diritto canonico “non canonizza gli effetti” che sancisce la legge civile in materia di adozione. Motivo per cui gli effetti canonici, seguono il “disposto della legge ecclesiastica”³⁴.

²⁹ Per quanto riguarda le Chiese orientali e la codificazione del 1990, si occupano di adozione i cann. 29, §2; 296, §2; 689, §3; 812. Nessuna di queste norme è però accostabile come contenuto al can. 110 del CIC latino. Sul punto si veda IVAN ŽUŽEK, *Index analiticus codicis canonum ecclesiarum orientalium*, Roma, 1992, p. 13; AA.VV., *Commento Codice dei Canonici delle Chiese Orientali*, a cura di MONS. PIO VITO PINTO, cit., *ad indicem*.

³⁰ Come ricorda ANTOINE DE LA FUYE, voce *Adoption*, in *Dictionnaire de droit canonique*, Vol. I, Paris, 1935, pp. 214-221, “*D'une manière générale, le droit canonique n'a pas de doctrine propre concernant l'adoption et ses effets; il se borne à canoniser et à confirmer la législation romaine*” (p. 219).

³¹ Sul problema del limite alla canonizzazione delle leggi civili cfr. OVIDIO CASSOLA, *La recezione del diritto civile nel diritto canonico*, Tortona, 1941, pag. 98 ss.; PIO CIPROTTI, *Contributo alla teoria della canonizzazione delle leggi civili*, Roma, 1941, pag. 88 ss.; GERALDINA BONI, *La rilevanza del diritto dello Stato nell'ordinamento canonico. In particolare la canonizatio legum civilium*, Milano, 1998, specialm. pag. 299 ss.

³² Così LUIGI CHIAPPETTA, *Il Codice di Diritto Canonico. Commento giuridico pastorale*, Vol. I, Roma, 1996, p. 161, nota 12.

³³ In argomento si rinvia a GILDA FERRANDO, *Manuale di diritto di famiglia*, Roma-Bari, 2005, pp. 286-288 e bibliografia *ivi* citata.

³⁴ In tal senso LUIGI CHIAPPETTA, *Il Codice di Diritto Canonico. Commento giuridico pastorale*, op. ult.

Alla luce della normativa canonistica in materia pare potersi affermare che “per quanto dunque gli effetti che il *Codex j.c.* collega all’adozione siano simili a quelli della filiazione (e benché alla stessa possano applicarsi per analogia le norme concernenti quest’ultima)” non si può dubitare che l’adozione “si distingue sia dall’istituto della *filiazione* legittima che da quello della *legittimazione*”³⁵. In considerazione di ciò si avrà che “non tutti gli effetti che derivano dalla filiazione legittima e da quella *secundum naturam* sono estensibili alla adozione”³⁶, come prova ampiamente la materia degli impedimenti matrimoniali³⁷, ragion per cui dovrà “escludersi la ricostruzione genealogica ascendente per ricavarne il diritto del figlio adottivo a succedere nel titolo originariamente concesso allo stipite della famiglia dell’adottante”³⁸.

5. Brevi cenni riassuntivi

Nel riassumere brevemente quanto esposto, sembra potersi affermare che il decreto in esame sia stato emesso in una materia su cui il Tribunale ecclesiastico era assolutamente incompetente a decidere, ciò in base all’autodelimitazione di competenza giudiziale risultante dal can. 1401 del nuovo codice; altresì che la motivazione in diritto è carente e tale da non potersi da essa desumere quali siano state le argomentazioni giuridiche utilizzate per pronunciarsi affermativamente riguardo all’acquisizione legittima di un titolo nobiliare per successione dall’adottante.

Data la complessità e l’originalità della fattispecie, sarebbe stato lecito attendersi un’esposizione delle ragioni *in iure* molto più esaustiva ed analitica che non la semplice menzione dei cann. 102, 108 e, soprattutto, 110 il cui significato e le cui conseguenze giuridiche ancora non definite risultano quanto meno forzate nell’uso che se fa nel caso in esame.

Comunque, deve in ogni caso essere tenuto in conto che nella fattispecie non si è in presenza di un titolo concesso dal papa ma nel 1963 dal Re Umberto II di Savoia, sul cognome familiare dell’adottante. Per quanto esule, l’ultimo re d’Italia, non avendo abdicato, generalmente è ritenuto fonte di nobiltà e quindi il titolo nobiliare di cui trattasi risulta esistente e valido. Ma il suo intervento deve ritenersi, in mancanza di una diversa prova, in qualità di sovrano di uno Stato e non per altra qualifica, quale quella affermata ma da dimostrare riconducibile ad ipotesi di subcollazione pontificia.

cit., *ibidem*. La soluzione indicata appare quella preferibile una volta superata l’impostazione dei cann. 1059 e 1080 del codice abrogato. In base a detti canoni, l’impedimento da adozione veniva disciplinato interamente *per relationem*, facendosi dipendere dalle singole legislazioni civili di riferimento non solo l’estensione dell’impedimento, ma persino la natura giuridica di questo, ossia se fosse *impediens* oppure *dirimens*. Sul punto NICHOLAS JUNG, voce *Cognatio legalis*, in *Dictionnaire de droit canonique*, Vol. III, Paris, 1942, pp. 943-954.

³⁵ Così ANTONIO INGOGLIA, *Sui titoli nobiliari e sul diritto dei figli “adottivi” a succedervi nell’ordinamento della Chiesa*, in *Ius Ecclesiae*, 2007, in corso di pubblicazione. A tal proposito sembra degno di menzione il disposto del can. 1114 del Codice del 1917 dove si afferma che “*Legitimi sunt filii concepti aut nati ex matrimonio valido vel putativo...*”.

³⁶ Cfr. Id., *ibidem*.

³⁷ Sul punto, più ampiamente, SALVATORE BORDONALI, *Note controcorrente...*, cit.

³⁸ Cfr. ANTONIO INGOGLIA, *Sui titoli nobiliari e sul diritto dei figli “adottivi” a succedervi nell’ordinamento della Chiesa*, op. ult. cit.

Inoltre il Papa, in materia nobiliare, concede nuovi titoli e sostanzialmente agisce nell'ambito della situazione geo-politica creatasi dopo il 1870 come tutti gli altri sovrani. Può evidentemente riconoscere e rinnovare i titoli concessi dai suoi predecessori, tenendo a mente il distinguo in materia di titoli "territoriali" e onorifico-palatini; può autorizzare all'uso nel suo Stato titoli legittimi concessi da altri sovrani o antichi; viceversa non risulta che abbia sistematicamente riconosciuto o rinnovato titoli dei suoi originari Stati, mentre ciò fu fatto dalla Casa di Savoia che al pontefice succedette nella sovranità su tali stati, e tali provvedimenti non furono contestati dalla Santa Sede.

Altro aspetto è quello dovuto alla particolare situazione della legge italiana repubblicana, che non appare univoca nel modo di considerare la nobiltà, in quanto non l'abolisce e ancor meno vieta: da un lato questa è in grado di costituire la base del completamento del cognome familiare con il predicato³⁹, ma dall'altro rimane sfornita di alcuna tutela giuridica per i legittimi possessori nel caso di usurpazione. Si tratta di una situazione ambigua, dove non si ha l'antigiuridicità dei titoli nobiliari e dove la paralisi della Consulta araldica italiana è solo di fatto, potendone avvenire la soppressione unicamente con legge, in base alla XIV disposizione costituzionale transitoria⁴⁰; cosa che sino ad ora non è avvenuta.

L'intervento dei tribunali della Chiesa dovrebbe pertanto avvenire in via suppletiva, per la denegata giustizia al cittadino fedele in una materia, la nobiltà, che conserva la sua rilevanza per l'ordinamento canonico. Ma quest'aspetto, tutto da esaminare, non ha neppure sfiorato i redattori della sentenza.

Infine, che in seguito alla rimodulazione delle competenze tra tribunali ecclesiastici e tribunali statali dello SCV, determinata dal nuovo Codice di diritto canonico e dalla nuova Legge fondamentale dello SCV del 2000, è consentito ricorrere ai tribunali vaticani sia pure limitatamente ai soli titoli di collazione diretta da parte del papa o di subcollazione (ove documentata), rimanendo comunque esclusa la possibilità di giudicare sul riconoscimento, l'uso e la perdita delle distinzioni nobiliari concesse da Potenze straniere quali l'Italia⁴¹.

Ad ogni modo resta ferma l'incompetenza *ratione materiae* dei tribunali ecclesiastici della Chiesa latina a pronunciarsi sulle controversie inerenti alla trasmissione del titolo nobiliare dall'adottante all'adottato, che comporterebbe un'innovazione delle leggi araldiche nazionali e pontificie.

³⁹ Più ampiamente, SALVATORE BORDONALI, *La cognomizzazione dei predicati nobiliari...*, cit., p. 381.

⁴⁰ Sul punto cfr. HADRIAN SIMONETTI, *Commento alla Disp. XIV*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di RAFFAELE BIFULCO, ALFONSO CELOTTO, MARCO OLIVETTI, Torino, vol. III, 2006, p. 2798, la quale ricorda che "La mancata attuazione della previsione costituzionale, non essendo stata mai approvata dal Parlamento alcuna legge in materia, ha posto il problema dell'eventuale sopravvivenza della Consulta araldica nell'ordinamento italiano. Sebbene simile tesi sia stata sostenuta in passato da una parte della dottrina, è diffusa l'idea che la Consulta araldica fosse divenuta, già all'epoca dell'approvazione della disposizione XIV, un organo di fatto inesistente e che, ad ogni modo, la sua sopravvivenza sia ormai inutile, una volta chiarito, dalla Corte Costituzionale nella ricordata sentenza 101/1967, che non è più consentito impegnare la pubblica amministrazione in attività di accertamento di diritti e titoli nobiliari". Si veda anche il parere reso in materia dal Consiglio di Stato il 13 marzo 1950, n. 174, in *Cons. Stato*, 1950, pp. 1333 ss.

⁴¹ Cfr. ID., *Note controcorrente...*, cit.

**Tribunale Ecclesiastico Regionale Siculo – Palermitana
– Nullitatis Matrimonii, 26 gennaio 2007 – c. Ficarrota,
Ponente**

Matrimonio – Incapacità al consenso matrimoniale – Pedofilia – Incapacità all'onere dell'educazione della prole

Principio fondamentale dell'incapacità al consenso matrimoniale canonico si rinviene nella regola di diritto naturale: «ad impossibilia nemo tenetur». Tale principio si applica all'assunzione di tutti gli obblighi essenziali del matrimonio naturale, inteso non solo nel suo momento costitutivo, il matrimonio in fieri, ma nel matrimonio nel suo complesso, ossia il matrimonio in facto esse. Tra gli oneri che discendono dal matrimonio vi è anche quello dell'educazione della prole, elemento fondamentale del bonum prolis, fine del matrimonio canonico. È incapace di assumere e assolvere l'obbligo dell'educazione della prole colui che è affetto dal grave disturbo della personalità di pedofilia, poiché lo rende inidoneo a svolgere una adeguata funzione parentale.

Fattispecie

(*Omissis*) 1. La conoscenza tra le parti è avvenuta nella primavera del 1991.

L'attrice si era appena laureata e il convenuto era diplomato geometra e lavorava.

Dopo una breve frequentazione i due si considerarono fidanzati

Il loro rapporto venne, quasi subito a conoscenza delle rispettive famiglie e non venne ostacolato. Vi fu anche fidanzamento ufficiale con la presentazione e la conoscenza delle famiglie.

Il fidanzamento andò avanti serenamente: i due giovani si scambiavano affettuosità e pervennero anche ai rapporti prematrimoniali.

Di comune accordo decisero il matrimonio, che venne celebrato il 1° maggio del 1993.

La residenza coniugale venne posta a ..., in un appartamento di proprietà della famiglia T., ma ben presto i due giovani si trasferirono ad ... nello stesso stabile in cui abitavano i familiari della M., giacché questa, rimasta incinta, ebbe bisogno delle cure della madre.

Dal matrimonio nacque F.

Tra le parti erano iniziati contrasti e litigi. Questi si aggravarono dopo la nascita della bambina allorché l'attrice non volle ritornare a ... , dove era stata stabilita la residenza coniugale.

La separazione di fatto avvenne dopo un ennesimo litigio tra le parti.

Seguì separazione legale e al convenuto venne data la possibilità di vedere la figliuola in casa della madre in giorno di Domenica. Solo quando la bambina fu più grandicella (tre-quattro anni) il padre la portava con sé.

L'attrice riferisce di aver scoperto che la bambina veniva abusata dal padre, da racconti fatti dalla stessa. Volle indagare e si convinse che il padre abusava della piccolina e lo denunciò.

L'attrice accusa di nullità il suo matrimonio ritenendo il convenuto non capace di assolvere il compito di educatore della figlia, a norma del can. 1095, n.3 del C.D.C. (*Omissis*).

Nella sessione del 27. 11. 2003 il dubbio venne così stabilito: “Se consta la nullità di questo matrimonio: Per incapacità ad assumere eadempiere gli obblighi coniugali da parte del convenuto, con particolare riferimento all'educazione della prole, *ex can. 1095 n. 3 CDC*”

In diritto

Incapacità ad assumere e ad assolvere gli obblighi coniugali per causa di natura psichica (cari. 1095,n.3).

Il can. 1095 n. 3 stabilisce: “Sono incapaci di contrarre matrimonio coloro che per cause di natura psichica non possono assumere gli obblighi essenziali del matrimonio”.

Mentre nei primi due numeri, il canone prende in considerazione fattori deficitari soggettivi dal punto di vista intellettuale, aventi cioè la loro origine nella f'acoltà intellettuale (mancanza totale di uso di ragione o grave difetto nel suo esercizio di valutazione, conoscenza, discrezione, giudizio), in questo numero prende in considerazione elementi e fattori soggettivi che inclinano, necessitano e determinano il comportamento pratico del soggetto in un modo distorto e squilibrato a motivo di turbe psichiche che hanno la loro radice in una personalità costituzionalmente disturbata e che non riesce ad assolvere gli obblighi essenziali del matrimonio.

Il principio fondante la norma del can. 1.095,3 può rintracciarsi nella regola data dal diritto naturale: “ad impossibilia nemo tenetur” e tale principio va applicato all'assunzione di tutti gli obblighi essenziali del matrimonio, inteso non solo nel suo momento costitutivo, e quindi matrimonio *in fieri*, bensì nel suo complesso, ossia il matrimonio *in facto esse*.

L'incapacità di assumere i detti obblighi è di per sé strettamente connessa all'incapacità morale di mantenerli.

Deve trattarsi, comunque, d'incapacità certa, presente nel soggetto nel momento della celebrazione del matrimonio. Se si trattasse di incapacità susseguente, il matrimonio non verrebbe pregiudicato e resterebbe pienamente valido.

Deve trattarsi di un'incapacità derivante da cause di *natura psichica*, questa non è necessariamente una patologia, anche se deve trattarsi di una seria forma di anomalia riferita all'universo psichico del soggetto.

L'incapacità dunque non riguarda la facoltà psicologica di formare ed esprimere un consenso pienamente cosciente e umanamente responsabile e quindi valido, ma concerne l'incapacità soggettiva di fatto di assolvere quegli obblighi essenziali, che anche con lucidità dal punto di vista intellettuale si erano contratti: il soggetto posto dinanzi all'esercizio pratico manifesta uno stato deficitario profondo e costituzionale che non gli consente di attuare quanto ha contratto.

Per ben individuare il senso giuridico della *incapacitas assumendi onera* nella sua specificità e nella sua differenza rispetto all'uso di ragione e della discrezione di giudizio è importante considerare quanto scrisse, il compianto Card. Pompedda, ex Prefetto della Signatura Apostolica: “Per esclusione dovremmo dire che il testo legislativo non implica la presenza di condizioni morbose che possano intaccare l'uso della ragione o la discrezione di giudizio: queste rientrano nelle prime due fattispecie, non attengono all'oggetto del consenso bensì, formalmente almeno, al soggetto e cioè al suo atto psicologico.

Di fatto la giurisprudenza rotale finora ha riconosciuto e ha ravvisato come possibile causa di questa incapacità tutte quelle condizioni morbose, sia di attinenza psichiatrica sia anche pertinenti al campo psicologico, le quali, pur non inducendo un difetto di discrezione, intaccano tuttavia l'abilità del soggetto, in genere per le obbligazioni matrimoniali ed in specie per costituire e condurre la peculiare relazione interpersonale o comunione di vita che dir si voglia" (cfr. F. Pompedda, *Il canone 1095 del nuovo Codice di diritto canonico tra elaborazione precodificalee prospettive di sviluppo interpretativo*, in IUSTITIA, XL, 1987, pag. 20).

Questa incapacità o inabilità deve essere reale e tale da impedire o rendere difficile la comunione di vita coniugale, ossia l'assolvimento degli oneri essenziali del matrimonio.

In proposito, il Card. Pompedda osservava: "Altra annotazione fondamentale per intendere questa terza fattispecie del canone è che esso si riferisce alla incapacità, e quindi presuppone esservi, quale condizione invalidante, una vera impossibilità di adempimento delle obbligazioni essenziali. Qui tuttavia è opportuno precisare meglio tale concetto. Astrattamente e teoricamente nessuno può negare la distinzione tra impossibilità e difficoltà: ma ove questa assumesse, per il comportamento umano, proporzioni gravi o addirittura estreme, sarebbe oltremodo arduo stabilire una linea di demarcazione netta tra la pura difficoltà e la impossibilità. Né dimentichiamo che ci troviamo entro il capo dell'agire umano, giudicabile attraverso criteri di ordine morale e non di ordine fisico, e soprattutto che si tratta di valutare condizioni in cui hanno grande parte, anzi essenziale, le circostanze concrete del singolo individuo. Potremmo quindi dire che si deve accertare una vera impossibilità, ma intenderemo sempre una impossibilità morale" (cfr. F. Pompedda, *loc. cit.* pag. 19).

Non vi sono difficoltà in dottrina e in giurisprudenza ad ammettere che nell'oggetto della incapacità di cui al can. 1095, n. 3 rientrano in quanto *obligationes essentielles matrimonii* tutti quei doveri e comportamenti che rendono possibile il particolare *consortium totius vitae* che è il vincolo matrimoniale le cui proprietà essenziali sono l'unità e l'indissolubilità (can. 1056) e le finalità fondamentali il *bonum coniugum*, la generazione e l'educazione della prole (can. 1055).

Il can. 1055 riprende a pieno l'insegnamento della Chiesa e in particolare la Costituzione *Gaudium et Spes*, che così dichiara: «Per sua indole naturale, l'istituto stesso del matrimonio e l'amore coniugale sono ordinati alla procreazione ed alla educazione della prole e in queste trovano il loro coronamento» (n. 48); ed ancora: «i figli sono infatti il preziosissimo dono del matrimonio e contribuiscono moltissimo al bene degli stessi genitori ... Di conseguenza la vera pratica dell'amore coniugale e tutta la struttura della vita familiare che ne nasce, senza posporre gli altri fini del matrimonio, a questo tendono che i coniugi, con fermezza di animo, siano disposti a cooperare con l'amore del Creatore e del Salvatore, che attraverso di loro continuamente dilata e arricchisce la famiglia ... Il matrimonio, tuttavia, non è stato istituito soltanto per la procreazione; ma il carattere stesso di patto indissolubile tra persone e il bene dei figli esigono che anche il mutuo amore dei coniugi abbia le sue giuste manifestazioni, si sviluppi e arrivi a maturità» (n. 50).

Non c'è dubbio che anomalie psichiche che rendono uno dei contraenti incapace ad assolvere i propri doveri relativi e connessi col raggiungimento di quelle proprietà e finalità costituiscono causa di invalidità del vincolo.

Per il capo accusato, di cui ci stiamo occupando, chiara è la dottrina che viene riassunta nei cari. 1055 che dichiara: "il patto matrimoniale con cui l'uomo e la donna stabiliscono tra di loro la comunità di tutta la vita, per sua natura ordinata al bene

dei coniugi e alla procreazione e educazione della prole, tra i battezzati è elevato da Cristo Signore alla dignità di sacramento.

Scarsa o quasi nulla è invece la giurisprudenza, per cui non si è in grado di citare sentenze in merito.

Si riporta quanto scritto dalla Dott.ssa S. L. G., Perito psicologo del TERS, come risposta ad una domanda fatta: «Le circa la capacità di un pedofilo ad educare la prole: “Con il termine pedofilo si indica l’adulto, che attratto da un bambino ne abusa sessualmente. La pedofilia è caratterizzata da fantasie, impulsi sessuali, o comportamenti ricorrenti ed intensamente eccitanti sessualmente, che riguardano bambini in età prepuberale (prima dello sviluppo fisico delle caratteristiche sessuali di genere). Il pedofilo, infatti, perde automaticamente interesse per soggetti che hanno caratteri sessuali e somatici adulti. Ciò farebbe pensare e sostenere l’ipotesi abbastanza accreditata che il pedofilo è quindi una persona che non è riuscita a completare il normale processo di sviluppo verso l’adattamento eterosessuale e cioè soffre di un grave disturbo dell’identità.

Un’altra questione riguarda le origini del comportamento pedofilo. Frequentemente, infatti, il pedofilo ha subito traumi a partire da una coppia genitoriale gravemente disfunzionale e quindi non è stato in grado di sviluppare quei modelli operativi interni che regolano le relazioni. Di fatto quindi chi abusa è affetto, fondamentalmente, da un disturbo che impedisce di stabilire buone relazioni e di conseguenza è incapace di svolgere adeguata funzione parentale”. (*Omissis*).

In fatto

La Sig.ra G. M., attrice in causa, accusa di nullità il suo matrimonio ritenendo che il convenuto, T., al momento del matrimonio fosse incapace di assumere ed adempiere i doveri coniugali, con particolare riferimento alla educazione della prole

L’attrice accusa il convenuto di aver compiuto atti osceni sulla loro figlioletta, ...

La pedofilia è, sicuramente, un comportamento riprovevole, ma quando viene abusata una propria creatura, questo comportamento diventa quasi imperdonabile, perchè va oltre ogni sopportazione umana.

La pedofilia va, sicuramente, annoverata tra le devianze più gravi del comportamento sessuale umano. Si tratta, sicuramente, di una psico-patologia, inquadrata da tutta la letteratura specializzata tra le deviazioni sessuali, o le c.d. perversioni o parafilie (cf. D.S.M. IV, Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali, MI 1999), che non permette a chi ne è affetto di assumere responsabilmente gli impegni genitoriali, quindi rende incapaci di emettere un valido consenso matrimoniale.

Vero è che il c.d. comportamento pedofilo e/o incestuoso, nel caso che stiamo trattando, si è manifestato dopo il matrimonio, ma è anche vero che il comportamento di cui sopra è stato conseguenza di un gravissimo disturbo di personalità di tipo psicotico o di tipo narcisistico. E questo grave disturbo di personalità era preesistente al matrimonio.

Secondo i maggiori specialisti, in materia, “*molti pedofili soffrono di una patologia del carattere, ivi comprese delle varianti psicotiche che del disturbo narcisistico di personalità*” (Glenn O. Gabbard, *Psichiatria e psicodinamica*, nuova edizione, p. 315, MT 1995).

Nel caso in specie siamo di fronte ad una gravissima violenza sessuale (pedofilia - incesto) in seno alla Famiglia di origine (vedi tra gli altri: Autori vari: *La violenza psicologica contro bambini e adolescenti*, Roma, 1993 ; Autori Vari; *L’abuso sessuale intrafamiliare*, MI 2001).

In una famiglia “sana” dal punto di vista psicologico, i genitori sono per i figli

elementi che garantiscono tutti gli aspetti di una sana crescita affettiva e fanno nei loro confronti da guida.

Nel caso del T. ci troviamo, stando all'esito degli atti di causa, di fronte a un genitore che non solo ha mancato ai suoi doveri derivantigli dalla paternità, ma si è macchiato di uno dei comportamenti più aberranti dal punto di vista psicologico, psicopatologico e antropologico.

Compito di questo Tribunale è stato di verificare se il Signor T., padre della piccola ..., ha realmente abusato della sua bambina.

In proposito, venne fatto processo penale contro il convenuto che venne assolto ai sensi dell'art.530, comma 2°, c.p.p., per non aver commesso il fatto.

Venne immediatamente fatto ricorso in Appello sia dalla Procura generale di Caltanissetta sia dalla Sig.ra M..

Il 28 aprile del 2005 venne confermata la sentenza di primo grado.

Va precisato che al Giudice penale è richiesto, per poter condannare una persona, una certezza oggettiva della colpevolezza dell'imputato.

I Giudici penali sia di primo grado che di appello, nel processo penale che ha visto il T. come imputato, pur ritenendo vero che la piccola ... abbia descritto alla propria mamma ed alla psicologa *“di aver subito atti ad evidente sfondo sessuale, e che siffatte traumatiche esperienze devono essere state da lei certamente in qualche modo acquisite nell'ambiente dove si è svolta la sua vita di relazione”* (S.,p.139,C), concludono per la non colpevolezza dell'imputato: *“Pertanto, sulla base delle precedenti considerazioni ed in difetto di un tranquillante sostegno dell'ipotesi accusatoria, ritiene il Tribunale che risulta insufficiente la prova che l'imputato abbia commesso il reato ascrittogli”* (S., p. 140, C).

Al Giudice ecclesiastico, che non è chiamato a condannare persone, ma a verificare e dichiarare se il matrimonio celebrato tra due persone è da ritenere valido o meno, basta raggiungere la certezza morale, in base agli Atti raccolti.

Dopo ampia, articolata e serena discussione, il Collegio giudicante ha dichiarato di aver raggiunto la certezza morale circa la nullità di questo matrimonio per la incapacità del convenuto ad assumere ed assolvere i doveri coniugali con particolare riferimento a quelli più specifici di padre educatore.

Questa certezza viene acquisita in base alle dichiarazioni dell'attrice, della cui credibilità non vi è motivo di dubitare; in base alle dichiarazioni delle testi M. L. e I. M., due professioniste che hanno avuto in cura la piccola ... e in base a quanto emerso dalle due perizie sugli atti di causa.

L'attrice, M., con profondo dolore ma con altrettanta chiarezza evoca la triste vicenda che riguarda il suo matrimonio con T.

Inizia la sua deposizione, dichiarando: *“Non ritengo possibile una riconciliazione perché il convenuto non è stato mai né un vero marito, né un vero padre”* (S., p. 21,3).

Dopo aver riferito che il fidanzamento è andato avanti nella serenità, riferisce di aver avuto sentore di stranezze nel comportamento del convenuto, quasi subito, dichiarando: *“Tra noi inizialmente c'erano soltanto delle dimostrazioni affettive con baci e abbracci. Dopo circa un anno di fidanzamento, queste affettuosità si sono un po' spinte a dei rapporti sessuali, però preciso che non vi è stata mai la penetrazione. Durante queste affettuosità, mi accorgevo che D. piangeva, e non mi ha mai spiegato il perché, anche se io glielo chiedevo. Mi convincevo che a D. io non mi piacessi, e gliel'ho anche manifestato. D. mi diceva che non era vero, anche se lui avrebbe desiderato come fidanzata e come moglie una ragazza alta, bionda e con gli occhi azzurri, così come era in parte sua sorella P., che era la più piccola”* (S., p. 22, 6).

Racconta la triste esperienza vissuta dopo la loro separazione: “Dopo la separazione di fatto, gli avvocati ai quali ci siamo rivolti per la separazione giudiziaria, si sono messi d'accordo che la bambina rimanesse a casa con me e che a lui venisse data l'opportunità di vederla due ore la domenica a casa mia. È successo che una di queste volte, alla fine delle due ore lui non voleva più andare via e al mio invito di lasciare la casa, ha minacciato di buttare la bambina dal balcone (noi abitavamo al secondo piano). Visto che io volevo ostacolarlo mi ha colpito con un pugno, rompendomi il setto nasale. Anche ad una mia zia che era intervenuta per aiutarmi, il convenuto ha dato un pugno. Siamo andati a finire al pronto soccorso. L'accaduto è stato riportato dalla stampa locale. Produrrò documentazione un pò più avanti.

Successivamente, anche se il giudice aveva stabilito che il convenuto poteva incontrarsi con la bambina solo due ore la domenica, io per poter dare alla bambina la possibilità di avere me, ma contemporaneamente la presenza del padre, sono stata più accomodante col convenuto e gli concedevo la possibilità di tenersi la bambina per tutta la giornata di domenica, raccomandando in maniera forte al convenuto di non correre troppo veloce con la sua macchina (il convenuto era pilota di rally).

Dopo alcune domeniche, mi sono accorta che la bambina mostrava comportamenti aggressivi nei miei confronti, accusandomi di essere stata io la causa della separazione. Mi diceva che a sostenere questo erano il padre e la nonna. Mi parlava di racconti di streghe e di paura. (La bambina aveva circa 3 anni e mezzo o quattro). La bambina aveva spesso incubi notturni.

Nel 1999 ho avuto una supplenza a Leonforte e avevo difficoltà ad andare a prelevare la bambina all'asilo. Pregai il convenuto di farlo lui, e portarla a casa.

Capitò un giorno che il convenuto riportò a casa la bambina un pò più tardi del solito. In quell'occasione la bambina mi disse che voleva fare con me un gioco che faceva abitualmente con il padre. Mi porto nello studio di casa mia, chiuse la porta a chiave, dicendo che la nonna materna non avrebbe dovuto vedere, prese una coperta di lana, la mise sulla mia testa e sulla sua, e mi baciava in bocca. Mi stranizzai e chiesi perché stava facendo questo: la bambina rispose che col papà faceva così. Anzi si aspettava che dal mezzo delle mie gambe, da un momento all'altro doveva uscire un liquido, come formaggio fuso che a lei piaceva tanto. Mi diceva però che questo era un segreto tra lei e suo padre.

Da quanto successo, io mi sono preoccupata, e ho cominciato a farneticare. Ho raccontato il fatto a mia madre, la quale mi scoraggiò a continuare a parlarne visto che i rapporti tra me e mio marito erano tesissimi.

Dopo qualche giorno andai all'asilo e chiesi alla maestra A. di mostrarmi i disegni che la bambina aveva fatto negli ultimi tempi. La maestra mi ha mostrato i disegni fatti da mia figlia e mi ha anche detto che da un po' di tempo la bambina era taciturna, e mi ha rivelato anche un altro fatto, che aveva dato fastidio anche a lei, cioè D. da un po' di tempo, la mattina andava a trovare la bambina e rimaneva lì per qualche tempo, tenendo sempre in braccio la bambina. Ho esaminato i disegni e mi sono accorta, purtroppo, che quasi tutti i disegni rappresentavano il pene maschile. (questi disegni sono stati acquisiti come prove nel processo penale in corso contro il convenuto).

Un giorno è capitato che, facendo il bagnetto alla bambina, e lavandola nelle parti intime, la bambina ha gridato, dicendole che le bruciava il fiorellino, guardando bene mi sono accorto che l'aveva arrossato. Le ho chiesto se aveva fatto la pipì all'asilo e non si era pulita., e lei invece mi ha detto che il papà le aveva messo un pennerello.

L'ho portata dal pediatra, e davanti al pediatra, la bambina riferì di essere stata portata un giorno in un casolare abbandonato, nei pressi di V., dove le aveva fatto ancora una

volta mangiare formaggio fuso, e che lei lo ha sputato in faccia al papà e lui si è adirato e poi le ha messo il pennarello.

Durante questo periodo D. mandò alla bambina in regalo un bambolotto chiamato “pisellin pipì”. La caratteristica di questo bambolotto era che gli si erigeva il pene prima di fare la pipì.

Quando mi sono accorta che per la bambina quel pupazzo era diventato il gioco preferito, e mi sono accorta che alla bambina piaceva portare le mani proprio verso il pene del bambolotto, in un momento in cui era distratta, io ho buttato via quel giocattolo.

Fra l'altro mi era arrivato l'esito di alcuni esami che io avevo fatto fare alla bambina, attinenti le tonsille e le adenoidi nasali, dalle quali risultava che la bambina aveva la “Candida albica” (si tratta di una infezione che viene trasmessa solo sessualmente). Ho saputo dal pediatra della mia bambina, al quale ho chiesto spiegazione, che si trattava di una cosa strana, e mi suggerì di rifare le analisi.

Ho fatto rifare le analisi, e puntualmente rispuntò la “candida albica”. Il pediatra mi suggerì di farla controllare da una ginecologa.

Alla ginecologa che l'ha visitata, la bambina ribadì ancora una volta che il padre le aveva messo un pennarello. La ginecologa riscontrò l'infiammazione, ma non capì la provenienza, a parte ciò che la bambina aveva detto.

Per questi fatti avvenuti, io ho sporto denuncia alla questura di Enna, e sempre per questi fatti, in atto c'è un processo penale. Il tribunale dei Minorenni di Caltanissetta, ha tolto la potestà genitoriale al Convenuto e successivamente gli ha impedito persino di incontrarsi con la bambina, perché da accertamenti fatti dal Tribunale dei Minori è emerso che la bambina ha subito abusi sessuali da parte del padre” (S., p. 26, 12).

Il convenuto, T., nega l'assunto attoreo. Dichiarò di essere stato un buon marito e un buon padre. Sebbene la sua intenzione sia quella di contrastare, in tutto, la versione dell'attrice, conferma alcune circostanze di rilievo: “La residenza coniugale venne stabilita in V., in un appartamento di mia proprietà.

Verso la fine dell'anno ci siamo trasferiti ad E., in un attiguo a quello della famiglia di G. Questo trasferimento è stato necessitato dal fatto che G. era rimasta incinta ed ha avuto delle minacce di aborto, per cui lei sentiva il bisogno di avere la madre vicina.

La nostra convivenza non è stata mai serena, perché l'attrice già fin dall'inizio, con sotterfugi vari ha cercato di avvicinarsi alla sua famiglia di origine.

Non vi furono veri e propri dissapori e contrasti, anche perché, siamo stati due persone ragionevoli. Senza alcuna discussione, un po' alla volta il nostro matrimonio si andò sempre più disgregandosi” (S., p. 35, 10).

Conferma di aver avuto l'opportunità di incontrarsi con la bambina, in un primo tempo solo in casa della moglie e successivamente potendo portarla con se: “Dopo la separazione, io ho continuato a frequentare, semplicemente con brevi incontri esterni, mia moglie e la bambina.

Per quanto riguarda la mia bambina, dopo il suo secondo anno di età, quando mi veniva affidata, la portavo con me a casa di mia madre. Quando è diventata più grandicella, oltre a portarla da mia madre la portavo anche in giro” (S., p. 36, 12).

Conferma che in seguito alla denuncia fatta dalla moglie gli è stata sospesa la patria potestà: “Sono stato accusato di aver molestato sessualmente la bambina, ma si tratta di una “calunnia” perché io ho avuto sempre massimo rispetto per tutti i bambini, ma particolarmente per la mia bambina.

In atto Federica ha 10 anni, non la vedo ufficialmente da cinque anni, ma mentre prima riuscivo a vederla per strada o davanti alla scuola, da due anni e mezzo non la vedo completamente.

In atto la patria potestà su Federica mi è stata sospesa” (S., p. 37,12)

Di particolare importanza sono risultate le testimonianze delle due professioniste che hanno avuto in cura la piccola ...

La teste M. L., psicologa-psicoterapeuta, ha avuto in cura la piccola ... già fin dal 1999.

La teste riferisce di essere venuta a conoscenza dell’abuso direttamente dalla bambina: *“La M. mi ha riferito di essersi separata dal marito e di avere osservato nella figlia delle anomalie comportamentali.*

Inizialmente, non mi ha raccontato degli abusi del padre sulla figlia e quando successivamente me ne ha parlato, mi ha raccontato di verificare obiettivamente come stessero i fatti.

Ho avuto inizialmente diversi incontri con la bambina e la prima cosa che ho notato in lei era che era una bambina disturbata, in quanto era ipercinetica (che non stava mai ferma ed era molto nervosa), aggressiva e presentava difficoltà nella concentrazione e inizialmente si rifiutava di collaborare.

Ha iniziato a collaborare solo quando ho avuto un’intuizione, cioè ho detto a ... di scambiarsi i ruoli, lei era la dottoressa ed io la bambina.

Da quel momento sono venuta conoscenza direttamente degli abusi subiti da ..., da parte del padre.

La bambina è stata molto reticente nel raccontare i fatti, ma gradatamente mi ha raccontato i fatti nella sostanza.

Dagli incontri con la bambina è emerso, a mio parere, che si trattava di una bambina chiaramente abusata, in quanto gli indicatori tipici dell’abuso erano tutti presenti, ad esempio, incubi notturni, irrequietezza, comportamenti sessualizzati con il toccarsi, avere ritrosia nel parlare, avere sensi di colpa, essere aggressiva, avere scarso rendimento scolastico e volere anche il fidanzatino indicandolo come persona più grande” (S., p. 10 1,4).

Circa l’identificazione dell’abusante, la teste dice: *“L’identificazione dell’aggressore nella figura del padre, secondo il mio parere, può ritenersi sicura.*

Questa sicurezza mi viene dal fatto che la bambina, malgrado l’iniziale reticenza, poi parlava tranquillamente con me, anche perché per noi dovevano essere dei segreti.

Quando è stato proibito con decisione del Tribunale per i minori, che il padre incontrasse la figlia, ... ha avuto sicuramente un miglioramento” (S.,p.102,6).

La teste L. M., neuropsichiatra infantile; ha iniziato ad avere in cura la piccola ... nel giugno del 2001, quando la piccola aveva sette anni.

La teste è venuta a conoscenza della vicenda tramite l’attrice.

A noi interessa quanto la teste ha appreso direttamente dalla bambina durante il trattamento: *“Quando ho cominciato ad occuparmi della bambina, lei aveva già subito tre incidenti probatori, dai quali era uscita distrutta ed era di un’aggressività estrema, particolarmente nei suoi confronti ed in quelli della madre.*

Ho avuto modo di incontrarmi con la bambina e con la madre inizialmente ogni settimana e quando mi sono resa conto che sia la bambina che come la madre, erano prigioniere della famiglia di origine della madre (... mi ha descritto la famiglia con un disegno spontaneo, dove non emergeva la mamma che era raffigurata addirittura più piccola di lei, ma emergevano piuttosto figure parentali come gli zii, la nonna ed i bisnonni. Solitamente i bambini quando descrivono il loro vissuto attraverso disegni, sono sinceri), ho indicato alla signora M. di trasferirsi con la bambina lontano dalla propria famiglia di origine come terapia per riacquistare, sia lei che la bambina, un ruolo di nucleo familiare.

La signora ha seguito il mio consiglio, e si è trasferita, insieme alla figlia a C. e cominciò, in realtà, la sua vita in autonomia.

Ho cominciato a vedere buoni risultati. Purtroppo, nel giugno del 2002, ho verificato delle regressioni nel comportamento di ..., in coincidenza con la sentenza del Tribunale civile che si era occupato della separazione dei suoi genitori nella quale si prevedeva che il T. potesse incontrare la filgioletta (precedentemente, il Tribunale dei minori, con propria decisione, aveva proibito allo stesso di incontrarsi con la bambina, anche in ambienti protetti).

La bambina cominciò a far emergere spontaneamente racconti relativi ai fatti pregressi e alle situazioni che io ancora non conoscevo e che la bambina sosteneva di non avere raccontato neppure alla madre, perché temeva che diventassero di dominio pubblico. Testualmente ebbe a dirmi: “Non le ho raccontato a nessuno, perché la mia famiglia lo racconta a tutti e poi lo sa tutto il paese”.

Intendo riferire a questo Tribunale un episodio raccontatomi da ... mi ha raccontato che l'ultima volta che ha dormito dal papà, si è coricata nel lettone del papà con accanto una sedia.

Mi raccontò testualmente: “Un giorno ero sola a letto al buio e ho visto un'ombra, era il diavoleto con la maschera, si è tolto la maschera dal volto ed era il volto del mio papà ... “ Mi ha raccomandato però di non dirlo a nessuno.

... Ho avuto in cura assidua la bambina fino all'inizio dell'anno scolastico 2002/2003. Da allora continuo ad incontrare la bambina più saltuariamente” (S., p.92,4)

La teste ritiene di poter affermare: “È sicuro che la bambina è stata sottoposta ad un grave trauma da abuso sessuale.

La bambina manifestava il vissuto affettivo come il sentirsi brutta e sporca e vedeva il mondo contrario a lei e malevolente e, spesso in una visione disorganizzata e spesso disassociata. (tutto questo emerge chiaro dai disegni che la bambina faceva ed alcuni dei quali, dietro vostra richiesta consegnò in copia).

Malgrado io per scelta terapeutica non abbia voluto ritornare sui fatti traumatici, mio malgrado ho dovuto constatare attraverso alcune riattivazioni traumatiche spontanee della bambina, che la figura negativa che è emersa è quella del papà” (S., p. 93, 5/6).

In atti sono presenti due perizie, una redatta dallo psicologo di ufficio Sac. Dott. G. S. e una redatta dalla psicologa S. L. G. per incarico della patte attrice,

Lo psicologo di ufficio, dopo aver fatto una relazione empirica sull'abuso di minori, dichiara di non aver potuto sottoporre il periziando ad esame peritale in quanto il Signor T., sebbene regolarmente convocato, ha creduto opportuno non presentarsi, privando il professionista di elementi che solo tramite test avrebbe potuto raccogliere e quindi di descrivere la sua personalità .

Il perito, sebbene si sia appiattito sulle posizioni assunte dal Giudice penale (va precisato che al perito non veniva richiesto di appurare la colpevolezza o meno del convenuto), non ha mancato di affermare che la personalità del T. (“almeno stando alle testimonianze della Sig.ra M.”) si evidenzerebbe in tutto il suo squallore psicopatologico di pedofilia, di violenza e di abuso sulla figlia” (S.,p.178).

Il professionista non è in grado di esprimere un giudizio su eventuale forma di patologia, esistente nel convenuto, all'atto della celebrazione del matrimonio, visto che per lui la storia viene fatta conoscere dalla piccola ... “i cui racconti lasciano ampio margine di dubbio” e dall'esame delle due professioniste che hanno avuto in cura la piccola.

L'esame e le deduzioni delle due specialiste, che a nostro parere sono chiare, convincenti e conducenti, al nostro perito, sono sembrate poco convincenti “perché non hanno retto alla prova del Tribunale” (S.,p.185).

Lo specialista, che dichiara di non avere elementi per stabilire se il T. è uno psi-

copatico, e quindi di non essere in grado di parlare di “evidenti note psicopatiche, fa lo stesso una sua diagnosi: *“Il T. presenta, alla luce degli Atti di causa, una personalità che potremmo definire di tipo narcisistico ma se mettiamo tra parentesi (e dobbiamo farlo) tutto ciò che riguarda gli abusi sessuali perché non provati, non sono ravvisabili sintomi di anomalie o disturbi psichici se non alcuni tratti nevrotici quali una certa debolezza dell’io, una scarsa tolleranza alle frustrazioni, una difficoltà a gestire le relazioni significative, una dipendenza dalle figure significative, ma non si può, a nostro modesto avviso, parlare di evidenti note psicopatologiche”* (S., p. 185).

Il perito, quando scrive quanto riportato sopra, non tiene presente il comune insegnamento della psicologia, che ritiene “la debolezza dell’Io, una scarsa tolleranza alle frustrazioni, una difficoltà a gestire le relazioni significative” quali caratteristiche di una personalità borderline.

Un contributo più significativo viene offerto dalla psicologa Dott. sa L. G. che ha stilato a favore dell’attrice delle note e dei commenti – riflessioni psicologico-cliniche sugli Atti di causa e in particolar modo sulle dichiarazioni delle due testi che hanno avuto in cura la piccola ... e sulla perizia di ufficio

Sebbene questa professionista faccia un’ottima disamina di quanto riferito dalle due testi, psichiatra e psicologa, e contesti, in modo chiaro, quanto affermato dal perito d’ufficio, conclude il suo lavoro senza prendere posizione.

La professionista, riguardo alle testimonianze della neuropsichiatra infantile Dott. ssa M. L. e della psicologa clinica dott.ssa L. N., dichiara che vanno in grande considerazione.

A) Per quanto riguarda la prima, dichiara: “A partire dalla testimonianza della Dott.ssa M. la sottoscritta intende proporre le seguenti riflessioni:

- la Dott.ssa è una neuropsichiatra infantile ed è una esperta professionista;

- la Dott.ssa ha avuto in trattamento continuativo la bambina e la madre per circa due anni;

- la Dott.ssa ha notato nella bambina segni e comportamenti che sono da ricondurre con certezza a un grave trauma da abuso sessuale; la Dott.ssa ritiene che per la bambina la figura negativa sia il padre.

B) Per quanto riguarda la seconda, dichiara: “Allora dalla testimonianza Dott. ssa L. emerge:

- la Dott.ssa è certa che la bambina abbia subito abuso sessuale dal padre tenuto conto di alcuni segnali e comportamenti della bambina anomali in bambini con normale sviluppo;

- la Dott.ssa supporta le sue dichiarazioni cliniche con i disegni spontanei della bambina;

- la Dott.ssa è certa che la bambina non sia stata strumentalizzata (fatta oggetto di violenza) dalla madre per colpire il T.

13. Considerato, pertanto, attentamente quanto è stato esposto sia in diritto che in fatto, stabiliamo che, al dubbio proposto: “Se consta la nullità di questo matrimonio: Per incapacità ad assumere e adempiere gli obblighi coniugali da parte del convenuto, con particolare riferimento all’educazione della prole, ex can. 1095 n. 3 CDC” si risponda come in effetti rispondiamo:

Affirmative

cioè: consta la nullità di questo matrimonio per incapacità del convenuto ad assumere ed adempiere gli obblighi coniugali con particolare riferimento all’educazione della prole.

(Omissis).

Apostolicum Romanae Rotae Tribunal (Decretum Turni)
– *Cassovien – Nullitatis Matrimonii, 16 decembris 2004*
– **c. Sciacca, ponens**

Nullità matrimoniale – Appello alla Rota Romana – Esame ordinario
– **Perizia**

Il Tribunale di Appello ex canone 1682 § 2 può confermare la sentenza di primo grado o ammettere la causa all'esame ordinario. Nel caso esaminato viene richiamato il concetto di "Humano modo". Come viene indicato dalla Plenaria dell'aprile del 1986, l'inciso "Humano modo" va inteso nel senso che l'atto consumativo deve essere un atto umano di entrambe le parti, ma è sufficiente che sia virtualmente volontario, anche se posto con timore, purchè non richiesto violentemente; tutti gli atti psicologici che rendono l'atto più facile e più appetibile non appartengono alla sfera del diritto e in essa non possono essere recepiti.

Adumbratio casus

(*Omissis*) 1. - Faustum exitum non sunt sortitae nuptiae, quas in cathedrali Ecclesia Cassoviensi, die vero 23 aug. 1997 celebrare J. B. (n. 9 apr. 1972), actor, et S. S. (n. 7 ian. 1974), conventa, ambo iuvenes catholica praediti institutione, necnon in ecclesiali consociatione quodam modo actuosi, qui ope M., mulieris fratris, condiscipuli viri actoris, sese cognoverant bimamque sponsaliciam intexuerant conversationem, ab illicitis praematrimonialibus intimitatibus insontem, ita moralis praeceptis laudabiliter obsequentes.

Copulam carnalem, enim, nisi plurimis expertis conatibus perficere non valuerunt, plus minusve semel aut iterum et quidem inter difficultates, ob defectum – tenet actor – mulieris summopere frigidae, quem defectum mulier non negat sed imminuere tentat, cum quamdam imputabilitatem, huiusmodi admissae gravis difficultatis in perficienda copula, non sibi uni sed et viro, qui ei culabat premature, tribuit.

Quod autem et vir non refragatur ex toto, sed pluribus suis conaminibus, frustra tentatis ad recte perficiendam copulam cum muliere, adscribit.

Septem vixdum elapsis menses ab inito coniugio, irreparabiliter partes separatae sunt, cum vir, deserta muliere, sub die 4 maii 1998 a civili Magistratu expostulavit divortium quod vero obtinuit die 29 oct. 1998.

2. - Ad suae consulendum conscientiae, ipsemet vir supplicem Tribunali Ecclesiastico Cassoviensi porrexit libellum quo suum matrimonium accusavit nullitatis a) ob impotentiam ex parte mulieris conventae, b) ob incapacitatem assumendi essentialia matrimonii obligationes ex parte suipisus viri actoris.

Sententia die vero 14 dec. 2001 omnia capita negative dimisit.

Ab hac sententia vir ad Tribunal Appell. Scepusien. provocavit, tertio adducto – tamquam in Prima Instantia - nullitatis capite, incapacitate, scilic., assumendi essentialia matrimoni obligationes ex parte mulieris conventae.

Suppleta, per novas peritias, instructione, praelaudatum Scepusien. Tribunal, sententia lata die 16 iun. 2003, pro nullitate edixit dumtaxat ob mulieris incapacitatem

onera coniugalia assumendi et quidem tamquam in Prima Instantia.

3. - Quam affirmativam sententiam – appellante conventa ad Sanctam Sedem – Nobis decernendum est – ad mentem can. 1682 § 2 - utrum esse continenter confirmandam, an remittendam causam ad 2.i gradus ordinarium examen.

In Jure

4. - Uti supra breviter annuimus, duplici conformi negativa sententia dimisso utroque accusato capite (impotentia mulieris conventae, nempe, viri incapacitate assumendi obligationes matrimonii), Trib. Appellationis, quoad novum caput, scil. conventae incapacitatem onera coniugalia adimplendi, affirmative statuit tamquam in Primo jurisdictionis gradu; eo quod, sub dictamine Legis (can. 1682 § 2), Nobis dumtaxat hoc de capite erit videndum, atque, si reapse decisio - quae edixit constare de nullitate controversi matrimonii - convenienter et consequenter cum universa complexione actorum factorumque et omnium processus de quo agitur elementorum concinit congruitque, animaversionibus D. V. partiumque si adsint sedulo perpensis - Iudices suo Decreto, motiva saltem summarie continente (can. 1617), affirmativam, et quidem definitive, sane confirmabunt sententiam.

5. - Adde quod – in confirmanda sententia, necne - non agitur de aestimatione qualitatis intellectualis appellatae sententiae, quae, autem, licet macie confecta, si in substantia prolatae decisionis, suadibilem se praebet, rectius, rem rationibus firman-tem apte, vel saltem satis, confirmari potest continenter.

6. - Uti in Nostro Decreto diei 9 maii 2002, C., coram infr. Ponente scripsimus “... Nostri muneris non autem est sub specie mere technica appellatas censurare sententias, vel de intellectuali virtute seu merito sententiae disserere, nec tam minus, a tali virtute remissionem, annon, causae ad ordinarium examen decernere, sed potissimum decisionem, exsucam licet macieque confectam cum complexu actorum causae inspicere et cribrare, necnon cum substantia factorum eiusdem decisionis essentialem congruentiam pendere. Hocce vero necesse est ad sufficientem certitudinem moralem adipiscendam”. (B. Bis 55/03, sub n. 8).

7. - Aliis verbis, ratio, sub qua procedere debemus, nec aliter est ac sequens quaestio nobis vero ponenda:

“Iisdem in adiunctis, eiusmodi complexu causae actorum exstante, itidemque etiam nos Iudices affirmativam protulerimus decisionem, sicut appellati Iudices quorum decisio nunc sub oculis Nostris, licet – quod est optatu – decisio nostra, fortasse melius probans et amplius fusiusque argumentata evaserit”?

Si eiusmodi quaestioni responsum affirmativum resonuerit, appellata sententia affirmativa continenter confirmanda erit.

8. - Id est quod in praesentiarum - infrascripti PP.DD. statuere - evenit.

Casum regit can. 1095, 3, cuius contentum pernotissimum milliesque a N. F. prudentia usitatum atque a firma doctrina exploratum: Sunt, enim, incapaces validum eliciendi matrimonialem consensum, qui, ob causas naturae psychicae, obligationes matrimonii essentielles assumere non valent.

Uti dilucide in una coram Turnaturi diei 21 nov. 1997, “assumptio obligationum suum effectum non sortitur, si voluntas usu potentiae executivae careat supra actiones futuras consortio iugali essentielles vel illas quae naturalem ordinationem in consortio vitae matrimonialis spectant” (SRRD. v. LXXXIX, p. 827, n. 7).

9. - Quenam matrimoniales obligationes essentielles?

Uno verbo, sunt quae in bonis sic dictis ‘augustinianis’ consistunt, scil. fidei, sacramenti, prolis.

Ad bonum autem prolis, idest ad prolem generandam - dictat can. 1061 § 1 – ‘sua natura ordinatur matrimonium’, et quidem ‘aliqua sexuali cooperatione’ (can. 1096 §1) quae ‘totius vitae consortium’ inter coniuges efficit -‘humano modo’ (can. 1061 § 1) est peragenda; exinde, si nupturiens totalem suipsius corporis et animae traditionem, inquam ‘humano modo’, donare non valet, ex causis naturae psychicae quae redundant etiam in sexuales effectus, seu defectus, invalide contrahit.

10. - Quod ad sexualitatis spectat defectus, ex quo non necessario impotentia profluit, inter eosdem recensendus est vagismus vel aliqua vaginismi species.

Duplex, summatim, distinguitur vaginismus: primarius ‘nel quale il più accurato esame obiettivo non riesce a mettere in evidenza alcuna alterazione a carico dei genitali’, atque secundarius, seu organicus ‘nel quale l’osservazione ginecologica dimostra invece la presenza di qualche elemento patologico locale’ (G. Santori, *Compendio di sessuologia*, 1960, p. 355).

11. - Vaginismus primarius causa habet plerumque psychicas et indolem praevalenter hystericam praebet.

Non agitur de impotentia, quia huiusmodi defectus, videl. aliqua vaginismi species certa non gaudet perpetuitate: ex qua vaginismi specie, attamen, asperae derivantur difficultates ac rigidae inveniuntur resistentiae (cfr. coram Em.mo Heard d. 30 dic. 1949) ‘ad coniugalem actum per se aptum ad prolis generationem’ modo naturali et humano ponendum.

“Humano modo”, non autem quolibet modo, edicit Lex: id est sive per mutuum utriusque partis liberum consensum, sive absque magis arduis asperrimisque difficultatibus reddentibus actum sexualem quasi prometicum, strenua consummandum virtute, quam ob rem actus sexualis in mutua donatione exerceri de facto nequit, quia illa ‘intima personarum atque operum coniunctione’ perfici non potest.

Quam ob rem, optimo iure Cl.mus V. potest consequenter tenere: “... l’oggetto della capacità consensuale non è l’atto copulativo, ma il poter costituire un diritto-dovere sulla copula, come espressione paradigmatica della co-appartenenza reciproca della mascolinità e della femminilità tra gli sposi ... “... il soggetto può vedere compromessa la sua capacità di costituire il diritto-dovere sugli atti coniugali ... per impossibilità di assumere il debito coniugale, come intimità abituale e ordinaria, frutto della permanente ordinazione della vita matrimoniale ai suoi fini oggettivi.

Si consideri che, avendo per oggetto l’instaurazione di un diritto-dovere mediante un atto di libera volontà razionale, la capacità consensuale contempla gli atti coniugali necessariamente nella loro totalità, come continuo e permanente oggetto di tale diritto e, pertanto, come inizio di una sequenza di intimità sessuale ordinata al conseguimento del bene coniugale e della procreazione ed educazione dei figli, la quale ha la sua obbligata espressione giuridica nella *possibilità ordinaria e abituale* degli atti coniugali nella dinamica vitale del matrimonio. In questa prospettiva, quando l’atto coniugale può avvenire nella vita intima degli sposi solo come un «fatto eccezionale o straordinario, insolito o non abituale, anomalo, traumatico o perturbatore» e questo a causa dell’incapacità di almeno uno dei contraenti a darlo o riceverlo in termini di manifestazione abituale della permanente ordinazione dell’intimità sessuale ai fini matrimoniali essenziali, non ci troviamo in un caso di impotenza né tanto meno di non consumazione, ma possiamo trovarci dinanzi ad un caso di incapacità consensuale del can. 1095, concretizzata nell’impossibilità di assumere i doveri essenziali del matrimonio per cause di natura psichica, sempre che – chiaramente – detta impossibilità sia dovuta ad una causa psichica esistente già al momento di contrarre il matrimonio” (P.-J. Viladrich, *Il consenso matrimoniale*, Milano 2001, pp. 112-113).

12. - “Sexualitas – perbelle edicatur in una diei 4 martii 1999 coram Bottone - necessario in matrimonium ingreditur atque rectus eiusque usus debitum inter coniuges constituit. Ut patet, non de quocumque sexualitatis actu agi potest, sed de actu vere coniugali qui a Const.’Gaud.et Spes’ definitur ‘proprium matrimonii opus ex quo dilectio exprimitur...eminter humanus cum a persona in personam voluntatis affectu dirigatur totius personae bonum complectitur ideoque corporis animi expressiones’ (n. 49)”.

Exinde, alveo fluit prono quod praepeditur assecutio illius boni seu oneris essentialis coniugio, scil. bonum coniugum prolisque generatio necnon educatio quibus matrimonium ‘indole sua naturali (est)...ordinatum’ (can. 1055 § 1).

In solida doctrina invenimus:

“Il momento iniziale e convenientemente causativo della relazione coniugale – acute notat Cl.mus P. A. B. – nella quale consiste lo stato di vita matrimoniale (matrimonio ‘in facto esse’) non può che essere la mutua donazione integrale della sessualità, e cioè della funzionalità maschile e femminile. Una siffatta donazione solamente riuscirà a coinvolgere dal profondo del loro essere un uomo e una donna, impegnandoli totalmente nella loro specifica complementarità funzionale...Alla base infatti dello stato di vita matrimoniale, costituito dalla relazione coniugale non può che esserci un atto che sappia reciprocamente trasformare...plasmare l’altro in un ‘tu’. Per ottenere questa mutua realizzazione è necessario superare l’originale estraneità personale reciproca dei nubendi con il mutuo dono di se stessi in quanto esseri sessuati e, quindi, in quanto tali, capaci di dialogare tra loro” (*L’essenza del matrimonio e il bonum coniugum*, in AA.VV., *Il bonum coniugum nel matrim. can.*, SCV, 1996, p. 112).

Luculenter Magisterium docet:

“Sexualitas ad coniugalem ordinatur amorem viri et mulieris in matrimonio, corporalis coniugum intimitas signum et pignus fit spiritualis communionis”. (*Catech. Eccl. Cath.*, 2360).

Itidem Summus Pontifex in Adh. Ap. *Familiaris Consortio*:

“Sexualitas ... per quam vir et femina se dedunt vicissim actibus coniugum propriis sibi ac peculiaribus, minime quiddam est dumtaxat biologicum, sed tangit personae humanae ut talis veluti nucleum intimum. Sexualitas modo vere humano si est pars complens amoris, quo vir et femina sese totos mutuo usque ad mortem obstringunt” (*Catech. Eccl. Cathol.*, 2361).

“Actus ... quibus coniuges intime et caste inter se uniuntur, honesti ac digni sunt et modo vere humano exerciti, donationem mutuam significant et fovent, qua sese invicem laeto gratoque animo locupletant” (*Gaudium et Spes*, 49, AAS 58 [1966] 1070).

“Sexualitas – pergat *Catechismus Eccl. Cath.* – fons est gaudii et delectationis” (ibid. 2362).

“Sexualitas coniugalis – ad N. F. iurisprudentiam redeuntes, legimus in una coram Turnaturi diei 18 apr.1996 – est ut bonum, secundum ordinationem naturae exercendum” (SRRD, v. LXXXVIII, p. 341, n. 19).

Singillatim in una diei 28 iul.1981 coram S.R.:

“... Haec, quaecumque est deordinatio, per rationem ad matrimonium considerari debet: ita non modo ‘gravitas generica’ tum negotii coniugalis tum ipsiusmet perturbationis prae oculis habeatur; sed rationes peculiarissimae, quae matrimonium ‘grave’ faciunt et propter eiusdem perpetuitatem – quae certo attendi debet - et quia ‘tale’ est, nempe consortium intima et essentiali interpersonalis structura constans.

Sub hoc quidem respectu dupliciter sexualitas in genere ... in quaestionem venit: quia consensum ipsum matrimonialem afficere potest; et quia susceptionem prohibeat iurium et officiorum coniugium, quibus communio vitae et amoris, maxime matrimonio propria, instructa est". (SRRD, v. LXXIII, p. 428, n. 26).

13. - Hisce in casibus, quammaxime oportet ut Peritorum auxilium praebetur Judici (cann. 1680, 1574), sive quod ad aspectum specificum physicum spectat, sive quoad causas naturae psychicae ex quibus sexualis difficultas ortum habuerit: quas relationes peritales uni est Judici valutare ac perpendere et summopere cum causae universo complexu cribrare, una cum sedula consideratione omnium quae ante matrimonium posteaque evenerunt.

In facto

14. - Minime est ambigendum quod si reapse copula inter partes bis vel ter, aut paulo plus – uti mulier tenet –, aut semel vel numquam – uti propugnat vir – in septem mensium temporis spatio quo perduravit convictus coniugalis, hocce semper inter strenuas asperasque difficultates psychosexuales, et quidem ex parte mulieris, locum habuit.

Si ex quibus non constabiliri potest mulieris impotentia, quae vero duplicem negativam rettulit sententiam, ex huiusmodi anomalia psychosexuali – uti videbimus infra – cum cooperatio sexualis inter coniuges humano modo fieri non potest, obiectum ipsum consensus - quod ad mutuum donationem sexualem pertinet - tradi nequit, et quidem ex causis naturae psychicae quae in spheram recti exercitii sexualis profluunt: exinde consensus nullus ex can. 1095, 3 habendus est.

15. - Praetermittere nolumus quod si e manifesto Legis praescripto causae, anomalam generantes, ex psychica debent esse natura, in illa, attamen, arctissima intimaque cognatione seu mutua penetratio inter spheram psychicam et phisicam quae propria est uni homini inter viventes, e ratione seu aspectu psychico in vitam seu spheram physicam indubitatae profluunt consecutiones.

16. - Quoad praedictas difficultates in recte peragenda intimitate, substantialiter in hoc concinunt tum actor cum conventa, quamvis mulier – quod facile est cogitatu - satis innuit difficultates non sibi uni imputabiles esse.

Sed mulierem conventam in vadimonio ab ipsamet in II iudicii gradu die 14 martii 2002 reddito ita loquentem de seipsa, de actore, necnon de eorumdem relatione audiamus:

“All’età fra i 18 e 19 anni della vita ho interrotto gli studi ed allora ho avuto un periodo di un poco (sic!) di crisi...Ho interrotto gli studi per motivi di salute. Ho vissuto anche una specie di crisi di personalità...”

Puella praestanti praedita aspectu, in se admirationem iuvenum, quamvis invita, concitabat:

“I giovanotti hanno avuto l’interesse di me...Quando alcuni già da molto tempo mi cercavano e molestavano, io rimanevo ostinata e non manifestavo alcun interesse...” Inter eos, proh dolor!, et ipse sacerdos, (qui postea cum alia muliere attentavit matrimonium): ‘...io lo percepisco che egli si interessava di me, mi faceva anche le proposte (p.es. telefonava al fratello e quando questo non era in casa attaccava il discorso con me, nel quale ha dichiarato apertamente che io sono bella e ricca, che egli mi avrebbe anche sposata, ma che non lo poteva perchè era un prete...’: ex quibus puella – quae laudabiliter iter religiosum percurrerat adeo ut usque ad propositum pervenisset se in coenobio Deo sacrandam fore – exturbata mansit.

17. - Judici sciscitanti circa morbos quibus laborabat, candide fassa est:

“...la mestruazione saltava per un periodo di tempo più lungo, io andavo dal medico. Assumevo certi medicinali, anche le iniezioni...”.

Circa consummationem matrimonii in voluptuario nuptiali itinere obtentam, Judex sic interrogat mulierem, quae sequentes offert responsiones:

“Loro sono stati una settimana in viaggio di nozze nella montagna di Tatry. Negli atti risulta che nel campo intimo le cose non riuscirono bene insieme. (Il Giudice precisa le domanda: a chi non è riuscita la cosa? Dopo lunga riflessione la parte ha dato questa risposta) Sì. Lui è arrivato alla erezione. (Il Giudice ha chiesto: si è arrivati alla ‘penetratio activa in vaginam’) Risposta: No (il motivo?). Sono assai sicura che G. abbia avuto una eiaculazione precoce perché non era capace di eseguire una ‘penetratio activa in vaginam’. Ma riconosco che io abbia avuto un certo dolore durante la vita intima... Io intendevo – pergit mulier in vadimonio – che in lui il problema fosse quello della eiaculazione precoce. Pertanto che egli non vada attribuire la colpa soltanto a me, ma anche a lui”.

18. - Prostant in actis nonnullae animadversiones seu impressi sensus, ab ipsomet Judice scripto notatae circa modum sese gerendi mulieris perdurante vadimonio. Haud inutile putamus aliquid ex his referre:

“Quando il Giudice – adnotat Rev. Judex Instructor sac. J. D. – è arrivato alle domande sulla loro vita intima, vi è stato un cambiamento radicale. Rifletteva a lungo su che cosa doveva rispondere. Qualche volta la situazione è stata questa: Io ho posto la domanda ed aspettavo, aspettavo la sua risposta e non è stato possibile strapparle una risposta. Per lungo tempo lei rimaneva seduta in silenzio e taceva e taceva... Qualche volta io la volevo aiutare ponendole le domande dirette alle quali lei avrebbe dovuto rispondere con un ‘sì’ o con un ‘no’. Ma anche in tale caso lei rifletteva a lungo e dava risposte poco chiare; frequentemente dicevo soltanto ‘forse’, ‘è possibile’, ‘non so ricordare’ alla fine disse che correggessi tutto, che cancellasse quel ‘forse’ perché ne è sicura ...”.

“... alla domanda n. 15 (circa coniugales nempe intimitates), legitur adhuc in notulis a Judice Duda redactis – si mise a piangere dicendo che non era più in grado di rispondere..ed ha pregato il giudice che la smettesse con domande di questo tipo’.

“Io – prosequitur rev. Judex Instructor – avevo la sensazione che già una sola conversazione su queste cose (de vita intima cum suo viro) le causasse addirittura un dolore interiore e una sofferenza...dava l’impressione di una persona molto indecisa e non equilibrata. Il parlare delle cose intime è stato per lei, secondo me, addirittura una barriera insuperabile, che lei, come lo ha dimostrato, non riusciva a superare’.

19. - Sua ex parte, in vadimonio diei 10 apr. 2002, sic fassus est actor de matrimonii consummandi primo conatu:

“...dopo la preghiera comune ci siamo coricati sul letto. Io cercavo di essere verso di lei tenero, ma lei non reagiva affatto a certe eccitanti tocche, che secondo la mia opinione avrebbero dovuto eccitare una donna. Io le toccavo i seni, anche le parti genitali. Io sono stato eccitato, da me ha avuto luogo l’erezione. Al principio io cercavo di prepararmi la strada verso la vagina con le dita, ma la vagina è stata contratta, che quasi non sono riuscito nemmeno a trovare l’entrata. Dopo ho cercato di penetrare in lei con il mio membro sessuale, ma quella apertura è stata talmente contratta che questo non si poteva fare affatto. Allora io stesso la ho pregata – perché lei adducava a pretesto la nostra bilaterale mancanza di esperienza – chè (sic!) lei stessa il mio membro sessuale nella sua vagina. Lei non si è rifiutata di fare questo, ma non è stata capace di introdurlo lì’.

“Verso la metà della settimana – prosequitur vir actor - dum iter nuptiale agebant

– mi ha sorpreso la sua idea, che lei mi disse che ‘lei sarebbe stata capace di immaginare la sua vita anche senza la convivenza sessuale’.

Ex quibus erui potest mulieris alienitas quaedam erga sexualem activitatem inter coniuges efficiendam.

“Durante i tentativi di vita intima - prosequitur vir - anche io aspettavo che si rilassasse la vagina e che si arrivasse pure alla penetrazione nella vagina e durante tale attesa qualche volta si è arrivati anche alla eiaculazione da parte mia... lei lo definisce come un fallimento da parte mia, proprio per quell’aspetto: come eiaculazione precoce. Io però ripeto che quella non è stata una eiaculazione precoce, ma perché io non volevo essere nei suoi confronti quasi violento e frequentemente attendevo semmai si rilassasse. Certamente io non aspettavo inattivo, ma cercavo di instaurare insieme con lei un certo gioco sessuale, rispettivamente un giuoco presessuale, affinché lei si sciogliesse (rilassasse). Ed è stato per questo che in me qualche volta si sia arrivati alla menzionata eiaculazione’.

“Dopo la celebrazione delle nozze – vir pergit – io sono venuto a sapere che lei andava addirittura da tre diversi medici ginecologici, perché le saltavano le mestruazioni. Ma ancora prima della celebrazione delle nozze io sapevo che lei aveva dei problemi per la mancanza di mestruazioni. Se debbo dire la verità piena, è stata lei, S., a dirmi una volta, che succedeva che qualche volta il ginecologo non poteva esaminarla perché la vagina le si è stretta (contratta)... Susanna prima della celebrazione delle nozze veniva esaminata attraverso gli specchi, e per questo motivo durante un esame da parte dello ginecologo per ordine del Tribunale (nempe civile quod declaravit divortium) è stato confermato che lei non era più vergine. Questo significa che la membrana vaginale (l’imene) è stata violata (infranta) dall’intervento medico e non con un atto sessuale... Io dichiaro veramente che con S. durante tutta la nostra convivenza – di sette mesi – non ho avuto alcun rapporto sessuale... Lei non è stata posta (in ordine) dal lato psichico. Lei semplicemente non è stata capace di vivere la vita intima... Durante le nostre premure di eseguire il rapporto sessuale, lei è stata fredda, è stata frigida ed aveva la vagina contratta e così non si è arrivati mai fra noi due a un congiungimento sessuale..’

Sub secreto deposuit testis I. V., quae cum actore more vivit uxorio, atque de normali vita sexuali viri refert.

20. - In prima instantia excussi sunt parentes mulieris eiusque frater, M., et omnes fere una voce concinentes circa problemata conventae in sphaera sexuali: ‘S. non mi parlava dei problemi del suo matrimonio’ (ita M. ac non aliter parentes).

Deposuit etiam F. P., medicus psychiatra, qui cum viro occursum habuerat in illa schola a filio testis frequentata in qua munus docentis mater actoris excerptat:

‘Ho incontrato G. di persona agli inizi del dicembre 1997. E’ accaduto dopo tre mesi dalla celebrazione delle nozze... Durante l’incontro con G. non si è trattato di una visita medica specialistica, egli piuttosto cercava un consiglio. Egli mi ha parlato dei suoi problemi nel matrimonio. Mi ha confidato che finora non hanno avuto un regolare rapporto sessuale. Quando più volte lo avevano tentato, è stata una cosa dolorosa per S...’.

Testes J. B. et A. Z., actoris parentes, confessiones ex parte viri referunt fere eadem ac supra a teste P. relata.

21. - Plures adsunt in Actis peritales relationes, tum in Prima, cun in Altera instantia exaratae, etsi non semper inter se plenae concordēs.

Sed, abhinc a Rota restituta, sane scimus quod “peritis inter se dissentientibus, non illico concludendum est rem non probari” (coram Prior, dec. diei 16 iul. 1910, SRRD, vol. II, pag. 281, n. 10).

Peritus vero S. S., quamvis veram pathologiam in muliere non invenerit, vaginismum in eadem non excludit; dr.V. M. de levi vaginismi specie loquitur et quidem emendabili: ad profundiolem investigationem psychologiam remittit dr.ssa A. U.

22. - In Appellationis gradu electus Doct. M. G., qui adfirmat: “ I problemi della signora S. con il parlare della vita intima sono connessi con la sua struttura della personalità psichicamente è orientata piuttosto introspektivamente e più difficilmente si apre al mondo intorno a lei”.

Novissime nominata fuit dr.ssa M. G., -‘perita giudiziale nel campo di psicologia clinica dei bambini e degli adulti e di psicologia sessuale’ – quae partes sedulo inspexit causaeque acta examinavit.

Peritam dein audiamus cum de conventa, eiusdemque indole atque personali necnon familiari anamnesi, sic loquitur:

“Lei aveva circa dieci anni. La informazione sul rapporto sessuale e sul parto è stata per lei ‘ un troppo’, ma non è stata negativa...Durante la scuola elementare sua madre ha subito l’intervento chirurgico sul seno, aveva degli indurimenti. Ha notato che i genitori dormivano separatamente, per non aver più figli, per motivi di salute. Alla madre hanno tolto un seno...forse ha notato l’imbottitura nel seno. Quando si spogliava in pigiama lo si vedeva...Nell’anno dell’esame di maturità ha chiuso col tennis. In quel periodo è aumentata di peso...In quel tempo è stata in contatto con uno psicologo e uno psichiatra...’.

23. - Quoad consummationem matrimonii: ‘...se lei abbia avuto qualche volta un orgasmo, di questo lei non è certa’; sic Perita, quae sequentibus vigilantibus verbis usa est:

‘L’indagine... accerta che la personalità porta i segni della maturazione insufficiente nella sfera della visione psicosessuale...’

De matris in sinu infirmitate, ex qua vero valde exturbata manserat tenera puella, quae ipsa eodem morbo in suis mammis laboravit:

“...Psicologicamente è però rilevante che l’angoscia della bambina di fronte al mistero della infermità e della sessualità può nella esperienza vissuta associarsi e sfociare in un cattivo adattamento psicosessuale. Una conferma della insufficiente rielaborazione psichica di questo problema è il fatto, che anche attualmente la convenuta non sia disposta a comunicare su questo problema senza alcuna emozione realisticamente. Si è in presenza di un rilevante ‘obnubilamento’ della memoria. Si tratta di un meccanismo psichico di riduzione, che segnala che la menzionata non ha reagito adeguatamente a livello emozionale a questo avvenimento né lo ha differenziato razionalmente. Ciò si può significativamente riflettere sul freno della visione psicosessuale della menzionata e rispecchiare poi nel suo comportamento sessuale’.

‘Sul comportamento sessuale della menzionata poteva contribuire non soltanto la mancanza di educazione e di esperienza sessuale, lo speciale clima educativo, ma anche la sua alta vulnerabilità psichica e l’insufficiente misura di assunzione del suo maturato ruolo sessuale, che è sfociata nelle inibizioni, nella timidezza infantile e nella relativa passività nelle concrete situazioni erotiche...S. spiega il suo comportamento con una sensibilità superiore di incoscienza; intendeva i contatti intimi fisici (praematrimoniales) come peccato...’

Post autem matrimonium, pergit Perita, ‘lei si comportava più o meno passivamente e con rassegnazione...’

24. - Quamvis dr.ssa G. gravem excludat in conventa pathologiam praepedientem – suo iudicio – rectam, naturalem relationem matrimonialem, nihilominus Perita quae sequuntur admittere cogitur:

“Dall’anamnesi più dettagliata della nominata accertiamo che era stata educata in particolare clima educativo, dove venivano tabuizzati i temi intimi ivi inclusa la sessualità. Questo era connesso - significanter addit praelaudata Perita - con lo stato di salute della madre e con la vita coniugale dei genitori. Questo stato si protraeva alcuni anni, approssimativamente dal dodicesimo anno di età della nominata e poteva quindi contribuire alla riduzione della sua visione psicosessuale. Questa tabuizzazione delle questioni sessuali e sanitarie nella sua famiglia portava alla esperienza vissuta dell’angoscia, dei timori, delle incertezze e alla conseguente mancanza di adattamento psicosessuale, resa in seguito evidente nelle situazioni sessuali pratiche. La menzionata non ha una visione sufficiente nello sviluppo disproporzionato della sua personalità, un fenomeno naturale, in quanto molti processi psichici si svolgono a livello inconscio. La insufficiente maturità psicosessuale e la introversione personale non hanno permesso alla menzionata di discutere i problemi della sua vita intima in un modo costruttivo e realistico”.

25. - Quod certo certius parum non est.

Hucusque Perita, ex cuius dictis, cum personali familiarique conventae historia plene quadrantibus, patet mulierem vitam sexualem ad instar nefas ('tabù'), quasi morbum considerasse.

26. - Si elementa desunt quae pro impotentiae capite concludere – uti evenit sive in I, sive in II iudicii gradu - permisissent, quod caput bis negative fuit dimissum, sufficientia sunt autem elementa quae sinunt concludere, morali cum certitudine, pro anomalia psychosexuali mulieris, vivide eam attingente, variis ex causis producta, quae vitam sexualem, humano peragendam modo – quae bonum essenziale est coniugii - de facto praepediebat.

27. - Ita recte statuere, Iudices Scepusienses, sententia die 3 sept. 2003 prolata in cuius parte in iure optime diserteque principia iuridica enucleaverunt, licet in parte in facto alinquantisper confestim, sed non autem indebite, visi sunt procedere, cum concluderunt pro mulieris vaginismo, licet levi, e causis naturae psychicae promanante, quod impedivit assumptionem illius peculiarissimi oneris coniugalis in mutua coniugum, sive spirituali sive phisica donatione consistentis.

28. - Hisce ergo omnibus, tam in iure quam in facto, attente perpensis ac mature consideratis, infrascripti PP. Domini Auditores decernunt:

praefatam sententiam tribunalis appell. scepusien. diei 16 iunii 2003 tamquam in prima instantia prolatam, constare edicentem de n. m., in casu, ob incapacitatem conventae onera coniugalia assumendi, ratam habendam esse. vetito autem eidem mulieri transitu ad alias nuptias inconsulto r.mo loci ordinario. (*Omissis*)

Apostolicum Romanae Rotae Tribunal – Lucani seu Salernitana – Nullitatis Matrimonii – 16 iunii 2005 – c. Siacca, ponens

L’Incapacità ad assumere per cause di natura psichica le obbligazioni essenziali del matrimonio – difetto di discrezione di giudizio circa i diritti ed i doveri matrimoniali essenziali – cause di natura psichica – Prova dell’incapacità – Perizia

I parametri per stabilire se esiste la *capacitas nuptias* vengono dettati dal canone 1095 del Codex. L’incapacità ha rilevanza giuridica solo in relazione ai diritti/obblighi essenziali del matrimonio, laddove non consista nella carenza del sufficiente uso della ragione deve essere generata da una condizione di patologia grave.

Adumbratio casus

(*Omissis*) 1. - Trigesimum secundum suae aetatis agebat annum E. V. cum, die 6 sept. 1986, in paroeciali salernitana ecclesia Immaculatae Conceptioni B. M. Virginis dicata, coniugali foedere R. O. L., quinque annis minore natu se devinxit.

In ecclesiali communitate ambo actuose navantes operam - mulier potissimum quae, diurnaria, cuilibet interveniebat pastoralis conventui atque cum duobus iuvenibus, uterque postea in vitam religiosam ingressus, sponsalia deinceps statuerat - sese cognoverant partes anno 1985 vixdum incepto amicalemque intexuerant conversationem, quae eosdem ad aras duxit, quadam vero ad hoc insufflante saga, a puella in rem vocata.

2. - Nuptiae tamen, quamquam prole recreatae, secundo caruerunt exitu.

Jugalis convictus, per decennium et ultra est productus, sed per crescentibus dissidiis, coniuges eo pervenerunt ut, anno 1996, inter se discesserint ac mulier, cum pro certo et inquisito haberet quod contractum matrimonium nullitate laboraret, libello diei 1 aug. 1996, ministerium expostulavit Iudicis Ecclesiastici penes Tribunal Inter.Salern.-Lucanum, contendens nullum suum matrimonium, sive ob gravem defectum discretions iudicii ex suis partem, sive propter propriam incapacitatem onera coniugalia assumendi, sive ob exclusionem boni coniugum ex utraque parte, vel, sin minus, ex parte eiusdem mulieris actricis.

3. - Sententia tamen a commemorato Tribunale, die vero 30 martii 1998, actricis assumpto contraria lata est, cum pro vinculo ad omnia edictum est, quam sententiam, Iudices Tribunalis Appellationis seu Regionalis Campani, sub die 28 febr. 2001 reformavere, cum - negative dimisso capite de exclusionem boni coniugum - pro nullitate edixerunt, et quidem ex can. 1095, 2 et 3 ex parte mulieris actricis.

4. - Transmissa causa ad N. S. Auditorium ad normam can. 1682 § 1 suppletaque instructione per novam peritale relationem – a Turno in sessione diei 18 febr. 2005 pro iudicanda causa coadunato iussam - Peritissimo commissam, Nobis hodie dubio rite concordato, scil. “An constet de N. M., in casu, ob gravem defectum discretionis

iudicii et ob incapacitatem assumendi matrimonii essentialia obligationes ex parte mulieris actricis ad norman can. 1095, 2 et 3”, respondendi incumbit onus.

In iure

5. - Consensus, qui solus facit nuptias, quibus «natura inclinatur, sed mediante libero arbitrio completur» (S. Th., Suppl., q. 41, a. 1 c), actus est humanus, scilicet ab homine per intellectum et voluntatem positus.

«Actiones quae ab homine aguntur illae solae proprie dicuntur humanae, quae sunt propriae hominis in quantum est homo ... Est autem homo dominus suorum actorum per rationem et voluntatem» (S. Th., I, II, q. 1, a. 1).

A Sacra Vaticana II Synodo docemur: «... Dignitas ... hominis requirit ut secundum conscientiam et liberam electionem agat personaliter, scilicet ab intra motus et inductus et non sub caeco impulsu interno vel mera externa coactione» (Const. *Gaudium et Spes*, n. 17).

«Il consenso matrimoniale – per belle sciteque scribit E. mus Pompedda – presuppone e postula quelle condizioni psicologiche proprie di ogni atto specificamente umano... chi di porre questo atto non è capace, non è neppure capace di emettere il consenso matrimoniale» (M. F. Pompedda, *‘Studi di dir. matrim. can. co’*, Milano, 1993, pp. 175-176).

6. - Quae ex iure naturali omnia profluunt, sancita a Lege Ecclesia sic edicente sub can. 1095, 2, 3:

‘Sunt incapaces matrimonii contrahendi: ... 2° qui laborant gravi defectu discretionis iudicii circa iura et officia matrimonialia essentialia mutuo tradenda et acceptanda; 3° qui ob causas naturae psychicae obligationes matrimonii essentialia assumere non valent’.

‘Possiamo definire la discrezione di giudizio – tenet Cl. mus Viladrich – come quella misura della maturità nel possesso libero e razionale di sé e dei propri atti proporzionata affinché l’uomo, come tale, possa darsi alla donna e accettarla in quanto tale, e perché la donna, come tale, possa darsi all’uomo e accettarlo in quanto tale, costituendo tra di loro un’unione alla quale hanno diritto e alla quale si devono reciprocamente in un rapporto mutuo di giustizia... Il termine giudizio – pergit fuse prae laudatus A. - fa riferimento a un momento singolarmente culminante, benché complesso, del processo di libera autodeterminazione razionale dell’essere umano; si tratta del momento in cui la ragione pratica, avendo deliberato con sufficiente libertà e con conoscenza, propone le opzioni e la volontà sceglie, in sé e per sé, quella opzione contenuta nel suo volere. Pertanto, ‘giudizio’ implica il potere dell’intelletto nella sua funzione pratica di conoscere, deliberare e proporre, come opzione possibile, questo matrimonio concreto, ma comprende anche la capacità del soggetto di fare la scelta, in sé e per sé, di tale matrimonio in concreto e di costituirlo qui e ora come azione propria’. (P.- J. Viladrich, *‘Il consenso matrimoniale’*, Milano 2001, pp. 47, 49).

7. - Agitur praeprius de ethica ac intellectuali valuatione per agenda cum sufficienti libertate, in quantum hoc possibile est viatori homini cui, post Adae peccatum, non data est plena absolutaque libertas, sed potius spatia libertatis quotidie expugnanda, apta, tamen, ad actus precipuos humanos ponendos, inter quos matrimonialis electio et consensus, uti scripsimus in una Boaener. diei 10 maii 2002 (*‘Dir. Eccl.’*, fasc. I [2003]; vel Mediolan. diei 13 iunii 2003 (ibid., fasc. I, (2004) coram me Ponente.

8. - Sed honeste non est obliviscendum quod gravitas defectus discretionis iudicii, i.e. internae libertatis in eligendo determinato connubio, a qua vitiatur consensus et quae, certo certius ab aliqua anomalia seu deordinatione vel animi perturbatione

provenit - augetur ac pondus mensuramque trahit, in determinato subiecto prono et ad debilitatem proclivi, a toto complexu factorum et circumstantiarum sedulissime perpendendorum, eo quo concludi possit exigitam a lege gravitatem non instare dumtaxat in anomalia vel psychica perturbatione, sed potius, in determinatis casibus, una insimul et coniunctim ('combinato disposto') in quadam anomalia una cum peculiarissimis adiunctis quae locum habuerunt tempore efformationis nuptialis consensus.

Idque relevat in electionis coniugalibus actu quoad plenitudinem vel minus consensus ipsius, non vero quoad executionem obligationum coniugalium, quare bene stare possunt, per se duae distinctae factispecies a Lege sane quidem admissae, vel in n. 2 vel in n. 3 canonis 1095, quae, revera, etsi intima coniunctae cognatione, per se autonomae exstant, atque tales sunt rite considerandae.

9. - Pressius, gravitas defectus discretionis iudicii ('...gravi defectu discretionis iudicii...'), enimvero, de qua edicit n. 2 canonis 1095, non necesse ut separatim exstet in anomalia seu psychica deordinatione, aut in circumstantiis impellentibus subiectum ad actus ponendos quos sponte non fecisset, sed – uti supra diximus - in cumulo seu coniunctione alicuius deordinationis atque adiunctorum aliquo modo impellentium ad electionem non tamquam 'opzione possibile', sed necessitatem, ideoque non satis liberam.

10. - Paucis, cum quis libere agatur, necesse est ut capax sit suam gerendi libertatem et quidem relate ad actum, fontem iurium obligationumque ponendum: quodsi adiuncta peculiarissima – in subiecto debili psychologica complexione, licet non graviter deordinata – non amplius liberam illam reddant gestionem, tunc de absentia actus humani matrimonialis minime dubitandum est, quamobrem huiusmodi coniugalibus electio praesumenda est veluti posita ex ineluctabili necessitate, quasi propter incumbenti Fato supinam obtemperationem.

11. - Hisce in casibus, igitur concludi debet non evenisse quod cl. mus Zavalloni perspicue adserit ad libertatem electionis depingendam: 'L'idea di libertà si identifica sostanzialmente con la capacità che ha l'uomo di autodeterminarsi in favore di un'alternativa a preferenza di altre' (R. Zavalloni, *'La libertà personale. Psicologia della condotta umana'*, Milano 1973, p. 358), cum, autem, subiectus ex interno animo impulsiones patiens, reapse dumtaxat unam electionem, et quidem autoimpulsus, valuit ponendam.

12. - Evenire, ergo, potest ut quis, etiamsi ob suam psychicam condicionem (etsi gradum pathologicum non attingit) non impar exstet ad essentialia obligationes assumendas, attamen, revera, non sat libera fuit ipsius coniugalibus electio.

13. - Inter psychicas deordinationes quae – si reapse graves – capacitationem consensualem praepedire valent, eminet quaedam species s.d. 'narcissismi', ex quo, iteramus, si vero gravi, pendet 'illa subiecti intima deordinatio quae nimis et etiam maxime prae iusto extollit propriam indolem et qualitates quas praeterea exigit ut ab aliis elato admirationis sensu agnoscantur', uti perspicue edicitur in una coram Serrano diei 11 apr.1997 (SRRD, v. LXXXIX, p. 267, n. 5)

In narcissismo, qui gradum attingit pathologicum - a peritiis psychiatricis constabiliendum iuxta illam scientificam recensione quae denominatur 'Narcissistic Personality Disorder' (DSM-III- R 301.81; DSM-IV 301.81) - 'la capacità di operare scelte e di prendere decisioni, l'area della volizione e della spontaneità presentano limitazioni caratteristiche. Le decisioni, spesso, possono essere prese solo ricorrendo alla modalità di giocare un ruolo... Nel caso di grave disturbo narcisistico della personalità, il soggetto non ha la sensazione che la decisione provenga dal proprio

sé'. Ita N. Ciano et A. Rubino, *'Il disturbo narcisistico della personalità'*, in AA.VV. *'La psichiatria forense speciale'*, Milano 1990, p. 444.

14. - Non est cur longius ad eiusmodi deordinationem scientificè describendam immoremur. Satis sit hic recolere quod 'nella pratica è difficile tracciare una linea di confine tra livelli di narcisismo sano, determinato da autostima, sicurezza delle proprie possibilità ecc., e narcisismo patologico', uti peropportune memorat Joannes Gargione in *'I disturbi mentali'*, Salerno 2002, p. 143. 'Una certa quantità di amor proprio non solo è normale, ma è indispensabile per una vita serena e felice. L'autostima – pergit prelaud. A. – è riconosciuta come una delle qualità essenziali per avere successo e per un sano equilibrio mentale...'

Commutatis verbis, minime confundendum est nimium suipsius studium, seu immoderata ac ex lex sui elatio ab anomalia – natura cogente – promanans, cum modo sese gerendi alicuius studiosi unius propriae utilitatis ex moribus haud bene seu non ad benevolentiam erga alios institutis.

15. - Solummodo si constet – sive ex relationibus peritalibus, sive ex toto sese gerendi modo ex parte subiecti - quod in eodem illa pathologica 'determinatio ad unum 'habet locum, secundum quam 'ego' 'supramodum elatum est et quaesitum cum caeteris quibusque neglectis et demissis' (coram Serrano, cit., p. 268, n. 5), tunc pro vitiato consensu concludendum erit et quidem ex can. 1095, 2.

Cum autem de levi constet perturbatione, licet quadam sub specie non pathologici narcisismi, solidata N.S.F. iurisprudencia exclusit eandem vim habuisse praepedientem liberam electionem coniugalem.

Cfr, ad hoc, ex gr., unam coram E.mo Egan diei 9 matrii 1984, SRRD, v. LXXXVI, p. 206, n. 6; coram Exc.mo Fiore diei 30 maii 1987, SRD v. LXXIX, p. 348, n. 31, coram Colagiovanni diei 20 martii 1991, SRRD v.LXXXIII, p. 175, n. 8.

16. - Psychica constitutio fluxa enimvero, in se spectata, et circumstantiae seu peculiarium adiunctorum complexus, in se ipsis, seorsim, configurare non valent sive anomaliam praepedientem, sive laesiones libertatis de quibus in can. 1103; e contra, gravi severaque non exstante deordinatione, cribrandum potius erit an eiusmodi debilis constitutio ferax praebuerit novale variis circumstantiis vario modo impellentibus ad coniugalem electionem non sat liberam: denique pro gravi defectu interioris libertatis ad consensum coniugalem concludendum erit et pro vinculi nullitate ex can.1095, 2 erit Judici edicendum.

17. - Quod ad incapacitatem de qua sub n. 3 supra memorati canonis 1095 spectat, satis sit hic addere quod eiusmodi incapacitas, ob causas naturae psychicae obligationes matrimonii essentialia assumendi, in iure naturali est innixa, quia absurdum est ut aliquis se obliget ad praestandum quod suam excedit capacitatem: 'Impossibile nulla est obligatio' (DIG. 50, 17, 185), 'Nemo potest ad impossibile obligari' (REG. 6, R.J. in VI).

18. - Incapacitas onera coniugalia essentialia assumendi, concise edocemur ab Exc.mo Stankiewicz in una diei 24 febr. 1994 – 'defectum facultatis executivae, non vero electivae, directe et principaliter convolvit ex parte voluntatis, quae ideo potentia executiva caret super ... promissorum actionem, sine qua nemo promissis stare valet'. (SRRD. v. LXXXVI, p. 112, n. 13).

19. - At minime est praetermittendum quod incapacitas assumendi onera coniugalia - quae in bonis s.d. 'augustinianis' nece consistunt – gravis debet esse ideoque talis ut invicte superanda esset illa praesumptio, iuxta quam obligationes matrimonii, ad quod natura ipsa homines inclinat (S.Th., 'Suppl.', q.58. a.5, ad I.um), humanae naturae sint liquido congruentes, ita ut concludi debeat omnes easdem obligationes

posse, saltem satis re ipsa adimplere igiturque valide assumere.

20. - Graviter docente ac monente Summo Pontifice Joanne Paulo PP. II, felicis memoriae, cum ad R.Rotae Auditores coram admissos, die 7 febr. 1987 alloquens, haec nocte adseruit quod 'solo la incapacità, e non già la difficoltà a prestare il consenso e a realizzare una vera comunità di vita e di amore, rende nullo il matrimonio...una vera incapacità è ipotizzabile solo in presenza di una seria forma di anomalia che, comunque si voglia definire, deve intaccare sostanzialmente le capacità di intendere e/o volere del contraente' (AAS, v. LXXIX, p. 1457, n. 7).

Subsequenti anno, scil. die 25 ian. 1988, Romanus Pontifex itemque Auditores Rotae edocens, in claram lucem posuit quod 'l'equivoco può nascere dal fatto che il perito dihiara l'incapacità del contraente non in riferimento alla capacità minima, sufficiente per un valido consenso, bensì all'ideale di una piena maturità in ordine a una vita coniugale felice' (AAS 1988, p. 1183, n. 9).

21. - Perspicue N.S.F. iurisprudencia monuit quod 'Incapacitas non debet respicere elementa accidentalia vitae coniugalis, prout felicem modum ducendi communionem vitae, perfectam harmoniam inter partes, demptis ideo diversitate characterum, indolis, educationis, vitae prospectivae, sensibilitate uniuscuiusque, gradu peculiaris amoris, etc.', uti singillatim invenimus in una, diei 18 iul.1989, coram Colagiovanni (SRRD. V. LXXXI, p. 527, n. 7).

22. - Quamobrem nocte signanda est - preeunte praelaudato Magisterio Pontificio - irreducibilis diversitas inter incapacitatem - quae una consensum irritat, propter nexum, et quidem verificandum, inter morbum et consensum - et difficultatem quae autem iuridice non relevat; incapacitas dumtaxat a reali psychica anomalia seu severa deordinatione profluit, ad quam probandam, re quidem vera, Iudici praebent validum, immo necessarium auxilium peritales relationes, ab ipso Legis praecepto exigitae (cann. 1680, 1574), uti magnopere ac dilucide adfirmatur in nuperrima Instr. *Dignitas Connubii*, sub nn. 203 – 213 cuius contenti, ad conclusionis modum, nonnulla heic referre oportet:

Art. 209 § 1 - 'In causis incapacitatis, ad mentem can. 1095, iudex a perito quaerere ne omittat alterutra vel utraque pars peculiari anomalia habituali vel transitoria tempore nuptiarum laboraverit; quaenam fuerit eiusdem gravitas; quando, qua de causa et quibus in adiunctis originem habuerit et sese manifestaverit. § 2. Sigillatim: ... 2° in causis ob defectum discretionis iudicii, quaerat qualis fuerit anomaliae effectus in facultatem criticam et electivam ad decisiones graves eliciendas, peculiariter ad statum vitae libere eligendum;

3° in causis denique ob incapacitatem assumendi obligationes matrimonii essentielles, quaerat quaenam sit natura et gravitas causae psychicae ob quam pars non tatum gravi difficultate sed etiam impossibilitate laboret ad sustinendas actiones matrimonii obligationibus inhaerentes. 3° peritus in suo voto singulis capitibus in decreto iudicis definitis iuxta propriae artis et scientiae praecepta respondere debet; caveat autem ne limites sui muneris ultragredies iudicia quae ad iudices spectant emittat (cfr. cann. 1577 § 1, ; 1574)...art. 212 § 1. Iudex non peritorum tantum conclusiones etsi concordēs, sed cetera quoque causae adiuncta attente perpendat (can. 1579, § 1).

In factu

23. - Uti e superius casus adumbratione exposita patet, ac in tertia instantia, cum caput de simulatione duplicem conformem rettulit negativam sententiam, tantummodo de incapacitate erit Nobis peragendum veluti in parte s.d. "in iure" iam fecimus.

Haud infitiamur attricem - quae se tenet graviter laesam suo in eligendo connubio,

necnon incapacem sese clamat ob assertam gravem anomaliam validum eliciendi consensum ideoque onera coniugalia essentialia assumendi – sortitam esse psychicam constitutionem non plene valdeque firmam et validam; nihilominus, uti infra diserte enucleabimus, PP.DD. censuere eiusmodi debilitatem gravitatis invalidantis gradum non attigisse, eo quod loqui non possit de severa pathologia, quamquam circumstantiarum omnium peculiaris complexus in fragili mulieris animo producere valuit gravem carentiam interioris libertatis in eligendo matrimonio.

Ex actis et probatis continuo debita sedulitate pervalutandis, necte patebit veritas – morali adepta certitudine – supra dictarum adfirmationum.

24. - Mulier – revera – laurea doctorali in humanis litteris erat decorata, necnon in catholicis ephemeridibus diurnario fungebatur munere, immo in ecclesialibus negotiis, potissimum pro instituendis coniugibus, prompte ac expedite agebat.

Quae omnia non tam facile componi possunt cum gravi psychica deordinatione seu anomalia, sed potius cum ardenti desiderio – in muliere sollicita ac excitatu facili - sese ostendendi coram populo et sacerdotibus ad proprium meritum ac valorem aliis et semetipsi demonstrandum ac patefaciendum.

Fortasse mulier firmiori ingenio talem non animadvertisset necessitatem, vel non plus aequo: sed hoc aliud est ab anomalia psychica.

25. - Actrix, quae firma institutione religiosa erat praedita, usque, forsan, ad quemdam pietatis excessum, adoleverat in familia premature orbata a matris obitu; haud facilem nec felicem instauraverat cum parente necessitudinem itemque cum fratre; saepe saepius - uti in factis specie inuimus - conventus consociationesque clericales atque pastorales ventitabat; duobus cum iuvenibus, deinceps, instauravit quasi sponsaliciam relationem, casta dilectione productam, qui ambo iuvenes, postea, ad Sacros Ordines accesserunt, eo quod in muliere occurrit aliqualis animi cruciatus, cum extimavit se obstitere ausam esse voluntati Dei.

26. - Sed mulierem ipsam sic loquentem abhinc a Vadimonio in Prima Cura reddito, sub die 18 octobris 1996, audiamus: “ Vi erano in me problemi psicologici di natura affettiva, in quanto mi ero avvicinata ad alcune persone, che però avrebbero dovuto fare una vita di scelta consacrata, però le loro insicurezze ricadevano su di me quasi che io fossi responsabile di quello che essi avrebbero dovuto fare. Io pensavo che la mia presenza potesse essere un ostacolo tentatore nei confronti di queste persone”.

Praecipue de convento ipsa actrix refert: “In me non sorse alcun affetto in ordine materiale nei confronti di E.. Egli mi fu presentato come la persona che Dio destinava ad essere mio marito ...”.

Quod autem mulier iterat roboratque in Vadimonio secundae instantiae, scilicet diei 13 aprilis 1999: “io mi sentivo uno strumento del maligno, che si serviva di me per ostacolare la consacrazione di detti uomini. Quando perciò ho conosciuto il convenuto e questi con una semplicità sconcertante, mi confidò di essere stato in seminario, io mi vidi crollare il mondo addosso e mi ritenni ancora una volta mezzo di tentazione per questo terzo uomo. Quando però il convenuto mi spiegò che era stato in seminario solo per studiare e non per farsi prete e che vi insegnava da laico, pensai che il Signore mi aveva tolto due persone, per darmi un terzo, ma questa volta libero. Nella mia mente contorta ed inquieta vidi il convenuto come un inviato del Signore, che dovevo accettare come mio fidanzato. Verso il V. io provavo solo una forma di repulsione e di rigetto, ma non lo respinsi, proprio perché dentro di me una voce mi ripeteva che questa era la volontà di Dio.”.

27. - Maerore fracta, intolerabili pondere animum suum gravante, coram altari

se sistit mulier: “ Ricordo che, entrando in chiesa in quel fatidico pomeriggio del 6 settembre 1986, guardando il crocefisso, rivolsi una invocazione di aiuto, visto che ero angosciata e spinta a scappare dalla chiesa. In questo clima io ho dovuto manifestare il mio consenso nuziale”.

Conventus autem in sua depositione in Prima Instantia die 22 novembris 1996 reddita, etsi non confirmat mulieris assertiones, dumtaxat quae sequuntur ait: “Non so dire come mai R. si sia determinata oggi a questa causa. Rilevo che se fossero state vere e di mia conoscenza le motivazioni espresse da R. nel libello, io non l’avrei certamente sposata”.

28. - Testes omnes, si excipias A. R., declarationes mulieris firmant: “confesso che per me gli incontri con lei erano un tormento e una sofferenza, perché mi presentavano sempre fatti inerenti a frati e preti sotto l’ottica del Dio – terrore e dell’influsso del maligno. R. era ossessionata fino all’esasperazione e alla fissazione circa la presenza del diavolo nella sua vita”, refert Rev. B. P., Director spiritus actricis, in sua depositione diei 11 octobris 1999;

- “R. è completamente presa da una forma di paura verso il Signore, che lei ritiene un severo giudice e manifesta forte paura e preoccupazione di mettersi contro la di Lui volontà”, ait D.na B. C., amica mulieris;

- “Certamente la ragazza aveva un suo modo di rapportarsi con Dio e con il peccato: in tutto vedeva la volontà di Dio ed era quasi esasperatamente spinta a non deviare mai da essa...Anche nel caso specifico del suo matrimonio, R., venuti meno i precedenti possibili mariti, dei quali uno è diventato sacerdote, ha ritenuto volontà divina la conoscenza e la prospettiva nuziale con il convenuto, verso il quale avvertiva diversità sociali e di cultura, ma che ha accettato solo per convenienza e come soluzione divina...”, diserte deponit Rev. A. P. die 12 octobris 1999 coram Tribunali Appellationis;

- “Della formazione religiosa avuta dalla madre purtroppo ha preso, secondo me, solo ciò che sa di negativo: R. è vissuta e vive sotto la luce della gravità del peccato e della preoccupazione di non trovarsi mai fuori della volontà di Dio...” narrat A. M. D. M.;

- “Mi ricordo ora che R. spesso si rifaceva a questa volontà di Dio nelle sue varie decisioni, quasi temendo in ogni suo movimento di cadere in peccato e nella punizione di Dio” dicit in depositione diei 13 octobris 1999 A. D’A. consobrina actricis;

- “Per R. il fidanzamento ed il successivo matrimonio con E. è stato sia un ripiego, sia una sottomissione alla volontà divina...” legitur in depositione diei 13 octobris 1999 S. G. materterae mulieris.

29. – Ab actis hucusque pervolutatis enitet - uti diximus supra – certo certius mulierem non gavisam esse permissima psychica constitutione, potissimum si peculiare illud perpendamus adiunctum, videlicet quod mulier ab antea actis sponsaliis decocis decepta mansit, et non solum ad sacerdotes utpote spiritus Magistros confugit, auxilium petens, sed etiam – quod revera mirum est in muliere bene morata atque religiosa institutione imbuta, necnon doctorali laurea decorata – auxilium expostulavit immo a saga, quae puellae iussit nubendum illi iuveni, quocum amicalem ducebat conversationem, quin pro semper spem nubendi amisisset!

“In tutto ciò - fatta est actrix - spinta anche dalle esortazioni dei vari confessori, io mi sentivo spinta ad accettare il convenuto come mio compagno di viaggio, come espressione della volontà di Dio...purtroppo in quel periodo, sempre nell’85 -86, io frequentavo una veggente, A. P., di Agropoli, che avevo conosciuto a Lourdes negli anni precedenti. Anche costei insisteva nel dirmi che E. era la persona inviata da Dio

e che io dovevo sposare...oggi a mente serena, posso dire che non ero libera dentro e mi vedevo violentata e forzata dai vari inteventi dei confessori e in particolare della veggente, che vedevo come la persona inviata da Dio per guidare la sua esistenza...”; se fosse dipeso da me - *prosequitur mulier* - non avrei esitato un attimo a far saltare la celebrazione... il tormento e il dubbio mi ha bloccato in quel momento e... mi sono sentita come vittima portata al macello”.

30. - *Quae omnia prae laudatus testis sac. P. diserte confirmat*: “Devo riconoscere che dalle sue confidenze veniva fuori uno stato di angoscia e di tormento, nella paura di offendere Dio, di porsi contro la sua volontà e di lasciarsi dominare da spinte diaboliche. Ad essere sincero, io ho constatato in R. uno stato permanente di nevrosi e plagio da parte di sacerdoti e di veggenti. Per me R. non è stata mai in grado di decidere liberamente circa le sue varie operazioni e pertanto anche il matrimonio le è stato imposto da veggenti e da confessori, diciamolo francamente miopi”.

”Un fatto che emerge subito da un superficiale contatto con R.” - *refert B. C.* - “è un suo rapporto di sudditanza verso una serie di confessioni e veggenti. La poveretta non è in grado, nonostante la sua intelligenza e le sue capacità, di rendersi libera da tali interferenze”.

Nec aliter quod in sua depositione testificali dicit A. M. D. M.: “Purtroppo anche in questa situazione R. si è lasciata dirigere da alcuni confessori e dalla veggente A. P. di Agropoli, che anch’io ho conosciuta. Detta veggente è una buona e pia donna, ma certamente ha trasmesso le sue convinzioni e non la volontà di Dio. Purtroppo la povera R., non sapendo che pesci prendere, non ha saputo, né potuto respingere i consigli dei confessori e delle veggenti, sentendosi obbligata di non rifiutare la volontà di Dio e quindi di non porsi in peccato”.

Magni momenti est depositio prae laudati Rev. di A. P. qui refert: “Per districarsi in difficili frangenti R. riteneva opportuno rivolgersi a diversi confessori e ad una veggente di Agropoli, una certa A. P.. Da costoro R. si è lasciata non solo instradare, ma suggestionare. Certamente la ragazza aveva un suo modo di rapportarsi con Dio e con il peccato: in tutto vedeva la volontà di Dio ed era quasi esasperatamente spinta a non deviare mai da essa. L’intervento perciò della veggente e di qualche sacerdote, che le parlavano di volere divino in particolari sue situazioni, per lei diventava determinante e vincolante. Anche nel caso specifico del suo matrimonio, R., venuti meno i precedenti possibili mariti, dei quali uno è diventato sacerdote, ha ritenuto volontà divina la conoscenza e la prospettiva nuziale con il convenuto, verso il quale avvertiva diversità sociali e di cultura, ma che ha accettato solo per convenienza e come soluzione divina, secondo “le indicazioni e suggestioni” che le venivano date dalla veggente e dai suoi vari confessori”.

Aliquid valde simile desumitur ex iis quae A. D’A. retulit: “una cosa che io non ho potuto tollerare in R. è stato il suo rapporto con una veggente di Agropoli, una certa A., dalla quale lei dipendeva in tutto. È certo che mia cugina nelle grandi decisioni faceva esplicito riferimento ai consigli di detta veggente”.

Item, postremo, testis S. G.: “Quando però si è trattato di sposarsi, lei era sì consapevole della dottrina della Chiesa, ma concretamente l’accettava per l’impostazione da parte della veggente e di altri sacerdoti, ma non per amore e donazione totale di vita”.

In animo puellae – non necessario gravi laborante anomalia sed fragili, prono, fluxoque - verba sagae una simul cum confessarii receptis consiliis resonare utpote fatalia verba inevitabiliter observanda quibus submisae praestanda erat oboedientia.

31. - Tempus tandem est ut relationes peritales in actis prostantes attente perpendamus.

In prima instantia, Dr. C. A. ex parte actricis, suam relationem peritalem exaravit in qua datum est legere : “La perizianda ha ottenuto un profilo che evidenzia quattro stili prevalenti di personalità, il narcisistico, nettamente preponderante, lo stile aggressivo-passivo, il depressivo e il dipendente. Inoltre si rilevano nelle sindromi cliniche entità di disturbi d’ansia e di manifestazioni maniacali-bipolari.

La personalità, quindi, funziona in maniera automatica e non cosciente secondo modalità peculiari di quegli stili, accrescendo le difficoltà quotidiane e scompensandosi in presenza di circostanze avverse e persistenti. In particolare, la perizianda tende ad assumere una posizione di esagerato centramento su di sé con ipervalutazione delle proprie qualità e con aspettative irrealistiche circa la realizzazione dei suoi desideri e circa il riconoscimento del proprio valore da parte degli altri. Ella desidera fortemente la vicinanza e lo scambio interpersonale, anche passivo, e sente la mancanza di una persona intimamente vicina, tuttavia sperimenta forte ansia nei rapporti, per cui ha difficoltà ad accettare il buono dagli altri e spesso sperimenta rabbia e delusione”.

Ex quibus non autem nequa anomalia depingitur, sed potius, et quidem non levis, vitiositatum implicatus complexus, qui, reapse psychicam debilitatem in muliere produxit.

32. - Ore magis pleno tenet atque proclamatur cl. mus C., quamvis eiusdem conclusiones infrascripti PP.DD. ex integro haud recipere censent quia non plene quadrantes cum personali historia mulieris quae – uti vidimus - rectum studiorum consummavit curriculum atque in societatis ecclesialis contextu actuose et consulto inserebatur:

“Il 29 ottobre ho visitato nel mio studio la sig.ra R. O. L.. La visita psichiatrica, di per sé eloquente, mi ha consentito di inquadrare la O. in un indiscutibile ambito psicopatologico; si tratta di un caso paradigmatico di esaltazione narcisistica della personalità, con grave carenza di autocritica, con marcati tratti interpretativi; si tratta di uno sviluppo paranoicale di una grave personalità narcisistica con inquinamento maniforme. L’eloquio spontaneo, di per se attendibile pienamente, non lascia ombra di dubbio”.

33. - Ex officio confecta est peritia a Prof. M. G. T. in qua legitur: “L’espressività affettiva rimane inibita da un rigido controllo di natura superegoica visibilmente collegabile ad una rimozione sistematica delle tendenze aggressive che vengono esperite con vissuti di profonda angoscia e di colpa”.

Quod tamen maxime a peritia Prof. G. T. eruitur est “Una personalità incapacitata da una fondamentale mancanza di fiducia nelle proprie capacità, che tende a ridurre le possibilità di reazione stenica di fronte agli eventi”.

Perita, lectis et recensitis depositionibus, examini subiecit actricem eique administravit psychodiagnosticum Rorchach a quo eruit “una immaturità selettiva a carico della sfera affettiva e volitiva a causa di una profonda nevrotizzazione con debilitazione della capacità di autonomia che connota un soggetto di personalità debole” et “segni di insicurezza interiore, con difficoltà a definire con chiarezza la propria identità”.

34. - Novissimus in Rota electus est Peritus, scilicet Prof. A. J., qui debita scientia ac methodo scientifico sane adhaerens, quaesitis propositis sum dedit responsum.

Pretium erit hec nonnulla ex Peritissimi relatione referre.

Scrpsit itaque Prof. J.:

“... L’ambiente familiare sembra aver condizionato il soggetto sotto il profilo di una esasperata religiosità e della presenza di una figura materna in grado di assicurarle un sostegno e un legame affettivo significativi al punto di indurre in lei sentimenti

intensi di deprivazione al momento della sua scomparsa; i tratti salienti del carattere della perizianda appaiono consistere in una sostanziale estroversione e in un attivismo che sono stati anche giudicati di tipo maniforme; la sfera relazionale oscilla conflittualmente tra lo slancio salvifico... e la percezione di sé come portatrice di tentazioni demoniache... Certamente si può dire che, considerati gli eventi della vita familiare e soprattutto personale della donna attrice, così come ricostruiti negli atti istruttori, gli stessi hanno avuto un influsso patologico sulla personalità della donna: infatti l'ambiente familiare sembra aver condizionato il soggetto sotto il profilo dello sviluppo di una esasperata religiosità e della presenza di una figura materna...".

Ex horum elementorum summa, Peritissimus ita argumentari ratus est:

"...Trattasi di un Disturbo Narcisistico di Personalità... La patologia narcisistica si manifesta nella sig.ra O. L. in vari ambiti esistenziali e caratteriali: dalla grandiosità alle fantasie idealizzanti e onnipotenti, ai bisogni di affermazione di sé come 'essere speciale'... L'educazione rigidamente ed esasperatamente religiosa, un inadeguato rispecchiamento affettivo nelle figure genitoriali, una formazione del Super-Io coattiva e persecutoria sono stati certamente gli elementi-chiave che hanno condizionato lo sviluppo, fin dall'infanzia, della personalità dell'attrice...

Le risultanze dei test di personalità... - concludit Cl.mus J. - si situano in un'area intermedia di gravità psico-patologica..."

In die autem recognitione peritiae, iureiurando firmata sollemniter, sic prof. J. adseruit:

"Siamo nell'ambito di disturbi di personalità di grado intermedio; il giudizio di severità va inserito in questo ambito di area diagnostica. Tale gravità può diventare parossistica e in una certa misura evidenziarsi ulteriormente alla luce di circostanze e di influssi ambientali alle quali la perizianda non sarebbe stata capace di reagire in modo adeguato".

Non probatur in animo mulieris talis anomalia ad impediendam assumptionem matrimonii essentialium obligationum, sed manifesta liquet in eadem muliere psychica fragilitas, et haud dubie morbida constitutio quae mulieris voluntatem subiectam ad impulsus externos reddidit.

35. - Attenta formali distinctione ab ipso Legislatore statuta, necnon diversa specie inter incapacitatis capita in can. 1095 praevisa, concludere infrascripti Apostolici Iudices censuere – omnibus perpensis – mulierem aliquali deordinatione exturbatam atque a variis non faustis adiunctis, suprae expositis, compulsam, non liberam suum coniugium elegerit: absolute loquendo, si hoc attamen efficere reapse potuisset, et hoc, in casu, non evenit, fortasse coniugales obligationes satis absolvere valuisset.

Aliud est, enim, libera determinati matrimonii electio aliud est onerum seu obligationum coniugium executiva capacitas.

36. - Quare omnibus in iure et in facto attente consideratis, Nos, infrascripti Auditores de Turno, pro Tribunali sedentes et solum Deum prae oculis habentes, Christi Nomine invocato, declaramus, pronuntiamus et definitive sententiamus ad propositum dubium ita respondentem:

Affirmative, seu constare de nullitate matrimonii, in casu, dumtaxat ob gravem defectum discretionis iudicii in muliere actrice, ad normam can. 1095, 2. (*Omissis*)

Apostolicum Romanae Rotae Tribunal – Panormitana – Nullitatis matrimonii, 3 marzo 2006 – c. Sciacca, ponens

Matrimonio concordatario – simulazione e condizione al matrimonio - esclusione della prole – exclusionis boni sacramenti.

I nubendi contraendo matrimonio devono esprimere la volontà di prendersi come marito e moglie senza che alla loro volontà estrinseca corrisponda una volontà intrinseca che escluda alcune proprietà od elementi essenziali del matrimonio - come potrebbe essere un matrimonio senza figli - . Il Codex stabilisce anche il caso in cui al matrimonio vengano apposte delle condizioni come quelle riguardanti il futuro, le cd. condicio de futuro, che seppur non illecite rendono comunque nullo il matrimonio. Tuttavia è da precisare che per quanto riguarda la prova della vera apposizione di una condizione la giurisprudenza ha elaborato alcuni criteri di orientamento che si basano sia sulla rilevanza che il fatto dedotto in condizione assume agli occhi di chi pone la medesima, che dipende sia dalla reale natura del fatto come anche dalla valutazione propria del soggetto, sia sul criterio della reazione tenuta dal soggetto stesso una volta scoperta l'esistenza o meno del fatto dedotto in condizione.

Adumbratio casu

(*Omissis*) 1.- Cum quadragesimum tertium suae aetatis fere tetigisset annum, communium amicorum causa, pharmacopola A. R., ex honesta aequae ac divite familia, M. T. L., eiusdem aetatis necnon socialis generis, litterarum magistram, cognovit, quam paulo post – obtenta a competenti Eccl.co Tribunali declaratione nullitatis prioris, cui astringebatur, matrimonialis vinculi – sollemniter ad aras duxit, in panormitano sacello SS. Rosario dicato, intra fines parociae S. Mamiliani, sub die vero 1 maii 1978.

2. - Convictus coniugalis instauratus fuit statim et per septemdecim circiter perduravit annos, et quidem per primum decennium pacificus, quo autem perdurante, mulier naturalem passa est abortum; dein, gliscentibus magis magisque exturbatus discidiis, animis coniugum sensim abalienatis, mense novembri anni 1994 volvente, finem habuit cum mulier a domo maritali, numquam reversura, discessit.

Separatio, a Civili Magistratu recognita, est sequuta et quod ‘divortium’ vocitant.

3. - Die, vero, 21 iulii 1998 per libellum Tribunali Eccl.co Siculo oblatum, vir matrimonium accusavit nullitatis ex capite exclusionis boni sacramenti sua ex parte.

4. - Causae perampla instructione confecta, Tribunal primi Gradus non constare, edixit, de nullitate matrimonii, in casu, sententia diei 25 maii 2001, adversus quam vir, iure suo fretus, appellationem interposuit ad N. Apostolicum Auditorium.

5. - Concordatum fuit, coram infrascripto D. Ponente, dubium die 9 ian. 2003 sequenti sub formula: “An constet de nullitate matrimonii, in casu, ob exclusum bonum sacramenti ex parte viri actoris”.

6. - Instante cl.mo actoris Patrono, die autem 13 iunii eiusdem anni, novum nul-

litatis caput, tamquam in Prima instantia, additum est, circa, nempe, condicionem a viro appositam et non verificatam.

7. - Suppleta instructione per partium necnon quinque testium excussionem, defensionalibus scripturis rite communicatis, perventisque, sub die 12 ian. 2006, animadversionibus pro vinculo, quibus actoris Patronus die 26 febr. 2006 suum dedit responsum, Nobis hodie dirimendum est concordatum dubium: “An constet de N. M., in casu, ob exclusum bonum sacramenti ex parte viri actoris et, tamquam in prima instantia, ob condicionem ab eodem viro appositam et non verificatam”.

In iure

8. - Matrimonium, utpote societas seu moralis unio duarum personarum mutuo dumtaxat earum consensu efficitur.

“Matrimonium – edicit can. 1057 – facit partium consensus inter personas habiles legitime manifestatus, qui nulla humana potestate suppleri valet”.

“Essentiales matrimonii proprietates – legimus in can. 1056 – sunt unitas et indissolubilitas, quae in matrimonio christiano ratione sacramenti peculiarem obtinent firmitatem”.

Indissolubilitas matrimonii eius, igitur, designat firmitatem, ratione cuius, rite matrimonium contractum, solvi nequit, nisi unius morte coniugum.

9. - Coniugali indissolubilitati opponitur iuridicum illud instrumentum divortium nuncupatum, seu praetensa vinculi matrimonialis solutio ex qua utraque pars omnino liberam se evadere putat et novas posse inire nuptias. Non autem indissolubilitati opponitur, revera, separatio, etiamsi perpetua, seu coniugum discessio ab invicem et ipsamet simul cohabitandi obligationis vitam, nempe, communem ducendi ablatio. Quae separatio, legitimis ex causis, licita omnino habetur atque a Lege canonica normata (cann. 1151 – 1155).

10. - Matrimonium – uti sane pernotum – cum a Creatore sit institutum pro communi bono, quoad ipsam naturam suam omnesque suas proprietates, nonnisi rationibus ex communi bono depromptis determinari debet.

Nulla, prorsus ratio ex communi bono sumpta postulare posset matrimonii solubilitatem: Matrimonium enim pro fine proprio condignam habet humani generis propagationem, non solum ad physicam prolis procreationem, sed etiam eiusdem educationem ad statum perfecte humanum in quo, scilicet, soboles sufficit sibi ad actus perfecte humanos eliciendos, sibi que modo hominibus proprio providendum (S.Th., Suppl., q. 41 a. 1 c.).

11. - Probatissimi DD., numquam vero refutati, praeter finem prolis gignendae, alios sublineaverunt fines matrimonii, in quantum hoc natura sua aptum quosdam producere effectus, qui in boni humani provincia sunt plene recensendi. Inter quos effectus – classica sana suffulti doctrina necnon in Magisterio innixi addimus – assignandum est mutuum pro coniugibus iuvamen solatiumque inter praesentis vitae aerumnas permutantesque variabilis fortunae eventus: quod est illud ‘totius vitae consortium’ ad ‘bonum coniugum’ efficiendum (can. 1055 § 1) per ‘irrevocabile foedus’, quocum ‘vir et mulier ... sese mutuo tradunt et accipiunt’ (can. 1057 § 2).

12. - Quae supra expositae rationes necessario expostulant, ex natura rei, quam maximam vinculi matrimonialis stabilitatem. Iamvero maxima stabilitas huiusmodi vinculi indissolubilitatem eiusdem naturaliter involvit.

13. - Matrimonium, caeterum, cum in quodam fundetur pacto, iuridicam formam contractus vestit et quidem onerosi, quia imponit utrique parti obligationem: ergo principiis iustitiae s.d. commutativae regulatur. Quamobrem, partes in aequali

ponendae sunt condicione: quod autem evenire minime potuisset nisi matrimonium esset indissolubile, ergo ad unius partis lubitum.

Naturali matrimonii indissolubilitati, uti iam diximus, sacramentalis gratia, ex Ss.mi Redemptoris voluntate – ab evangelica lege antiquato repudio (Mt. 19, 3-10) – peculiarissimam addit firmitatem atque affert spiritualem vim ut coniuges christiani tam muneri valeant solvere.

14. - Ast, si ex Lege scimus quod “internus animi consensus praesumitur conformis verbis vel signis in celebrando matrimonio adhibitis” (can.1101 § 1), ex ipsius canonis dictamine, sub § 2, liquet nullum esse coniugium quod contrahatur cum exclusione vel matrimonii ipsius vel alicuius ex bonis matrimonii essentialibus.

15. - Quoad bonum sacramenti, seu indissolubilitatem, juxta receptam doctrinam, non ponitur distinctio inter ius et usum iuris, quandoquidem matrimonium numquam esse potest sine indissolubilitate, tum, e contra, inveniri posset “sine fide et prole, quia esse rei non dependet ab usu suo, et secundum hoc sacramentum (idest indissolubilitas) est essentialius matrimonio quam fides et proles” (S.Th., Suppl., q. 49, a.3): at probe – uti millies N.S.F. edixit docuit monuit – discernendae sunt sententiae seu erroneae opiniones de natura matrimonii – quae “dummodo non determinent voluntatem, non vitiat (vitiant) consensum matrimoniale” (can. 1099) – ab illo ‘positivo voluntatis actu’ (de quo cit. can. 1101 §2), quo indissolubilitas excluditur.

16. - Mera, autem, voluntas discedendi, proprium coniugem deserendo, si res bene non cesserint, aliud est sane a positivo voluntatis actu quocum indissolubile vinculum refutatur et excluditur.

De fictione seu simulatione agitur, quae per firma et concludentia argumenta est strictim probanda.

Et quidem, tota res non ex nudis pendet verbis, ergo nedum ab adserti simulantis confessione, quae, certo certius, attente seduloque erit cribranda ac pensitanda, cum non est decretoria si habeatur, neque praetensa simulatio destruitur ab eiusdem confessionis absentia vel negatione; summopere diligenter perinvestiganda erit apta tam simulationi causa seu motivum simulationi congruens: si hoc, autem, non demonstratur vel, quod peius est, ex actis motivum patet rite contrahendi, frustra certat pars quae sui matrimonii nullitatem accusat.

Mens, igitur, contrahentis, adserti simulantis, intime perscrutanda est, potissimum si agitur de catholico qui recta morali ac religiosa institutione habita, non facile coarctatum consensum emittet.

17. - Rimandae, dein, erunt circumstantiae omnes, antecedentes, nempe, concomitantes et subsequentes quae ad moralem certitudinem ducant Iudices quod consensus reapse simulatus fuisset, uti abhinc ab anteaetis temporibus, Em.mus D’Annibale, inter maiores A. probatissimus, alte monuit. (‘Summula Th.Moralis’, ed. 5, p. II, n. 412).

18. - Hisce recolitis, de condicionis capite loquendum est, sub dictamine can. 1102 § 1: “Matrimonium sub condicione de futuro valide contrahi nequit”.

Conditio est externa circumstantia quae contractui adicitur et qua valor cuiusdam contractus pendet. Coniugalis consensus, re quidem vera, prouti verum negotium iuridicum, uti adumbravimus supra (cfr. can. 1055, § 2), absolutus vel condicionatus esse potest ideoque normis quae contractum regunt obnoxius, quominus, quamobrem, denegetur illa matrimonii praecipua structura, Oecumenico Conc. Vaticano II afflante, quam vicens C.J.C. peropportune significat atque exaltat, quae pertinet ad vocationem ‘personalisticam’ coniugalis foederis, de qua in cann. 1055, § 2 et 1061, § 1.

19. - Non semper autem, re quidem vera, ex partium testimonioque verbis patet

utrum apposita consensui coniugali fuerit vera et propria condicio ‘sine qua non’, an causa quae motivum est contrahendi, praerequisitum tantum vel modus.

20. - Modus supponit negotium iuridicum suis essentialibus naturalibusque elementis perfectum, quod ideo valet statim ac perfectum est independenter ab ipsius modi adimpletione; merum habetur praerequisitum seu postulatam cum contrahens in eo sistat statu ut simpliciter disponatur ad celebrationem matrimonii abrenuntiandam, si expetita qualitas deficiens inveniatur, cum praerequisitum mera est determinatio qualitatis personae quacum contrahere intenditur: quae omnia, per se, non sufficiunt ad nullitatem matrimonii declarandam, quia tantummodo constituere possunt momentum in itinere ad condicionem, atque forma condicionis induta (scil. praerequisitum vel postulatam) usque ad consensum trahi praesumuntur: huiusmodi praesumptio, attamen, de ulteriore gressu in consensum, non operatur, nisi obiectiva et subiectiva criteria succurrant (cf. unam diei 27 martii 1958 coram Bejan, SRRD, v. L, pp. 215-216, nn.3-4), quia – uti sane pernotum – praesumptio pro valore vinculi firmissima exstat, iuris favore quo gaudet matrimonium.

21. - Pro apponenda condicione, insuper, dubium exigitur, licet – uti pernotum abhinc a celeberrima Em.orum PP. Cardinalium Decisione diei 2 aug. 1918, in Versalien., – condicio usque ad nuptias perseveret oportet; huic tamen perseverantiae minime obest neque certitudo hausta ex asseverationibus alterius partis existentiam illius boni affirmantis, neque tranquillitas, quae ex huiusmodi manifestatione contrahenti obvenit: dummodo, uti patet, condicio positive retractata non sit .

22. - Perpendenda prognariter est sive quaenam fuerit praevalens contrahentis voluntas, quale, scil., momentum contrahens illi bono seu circumstantiae tribuerit, an anxie contrahens se pensit de dubio circa condicionis existentiam, attente investigandus est, insuper, modus sese gerendi contrahentis cum compertum habuit expetitam condicionem defecisse.

Nobis idcirco succurrit Romana-Rotalis iurisprudencia normas suprarrelatas suggerens ad rem tutius dignoscendam.

23. - Quando, caeterum, validitas matrimonii ab effectiva prolis generatione pendet, habetur conditio de futuro “in specie - uti monuit R.P.D. Wynen in una diei 29 apr. 1954 – contra indissolubilitatem matrimonii, si contrahens intendit matrimonium dissolvere postquam cognovit se non posse sperare prolem ex hoc matrimonio” (SRRD, v. XLVI, p.352, n. 2). Quae condicio resolutive dicitur, ideoque cum exclusionem boni sacramenti seu indissolubilitatis se convertit, eiusdemque probationi, in casu, ex toto subiecta, de qua supra iam fuse lateque diximus.

24. - Commutatis conclusivisque verbis, condicio resolutive prouti vera non est tenenda condicio, cum abhinc ab initio consensum vitiet: huiusmodi adserta condicione ineundo apposita matrimonio, eoipso corrui consensus per exclusam essentialem matrimonii proprietatem, indissolubilitatem scilicet.

In facto

25. - Cum condicio resolutive – uti iam innuimus – contraria est matrimonii indissolubilitati, ad haec duo accusata capita investiganda, exclusionem scilicet boni sacramenti et appositionem condicionis de habenda prole, quoad probationem coniunctim esto quandoque permixte sumus processuri ad inutiles molestasque vitandas iterationes.

Actor suo in libello - praemisso quod “un precedente mio matrimonio aveva avuto, purtroppo, esito negativo tanto da ottenerne la dichiarazione di nullità proprio per ragioni legate al problema dei rapporti personali: si era verificata, infatti, una incapa-

cità a generare dovuta a ragioni di reciproca incomprendione di natura psicologica da parte della persona che avevo sposato” - in vadimonio primae Instantiae, die 18 ian. 1999 reddito, declaravit: “Durante il fidanzamento dicevo a M. T. che lo scopo del mio matrimonio era quello di realizzare due miei particolari intendimenti: la piena comunione con la donna che avrei sposato e la prole”, addens, tamen, quod “non c’erano apparenti motivi obiettivi da farmi dubitare di realizzare con lei i miei intendimenti. . . . Pensavo che una unione sarebbe cessata se tra i due non si fosse verificata la piena comunione fisica e spirituale, premessa per la venuta della prole”.

Cum filios mulier non peperit, vir in praefato libello prosequitur dicens se accusasse suum matrimonium nullitatis ex capite defectus matrimonialis consensus ob exclusum bonum sacramenti sua ex parte.

26. - Instante actoris cl.mo Patrono, huic capiti novum additum est caput ex quo praesens matrimonium nullum contenditur: appositio, scilic., conditionis, cuius obiectum fuisset quod matrimonium prolis fecundum evasisset, ideoque ageretur de conditione de futuro, quae – uti supra ‘In Jure’ scripsimus – resolutiva nuncupatur, seu contra matrimonii indissolubilitatem.

27. - Mulier – quam actor duxit quadraginta tres annos natam, ergo non amplius constituta in aptiore aetate pro gignenda sobole – fuse enarrat quae eloquentiora facta sunt sequuta naturalem abortum quem ipsa conventa passa est, atque ex quibus factis palam scatet modus agendi viri, qui liquido in veram incidit contradictionem circa adsertam simulationem et conditionem quam se apposuisse ille tenet.

Sed mulierem audiamus – mordicus, vero, in iudicio resistentem – cui, utcumque, ad hoc vir numquam refragatus est:

“Dal nostro matrimonio non sono nati figli, però sono rimasta incinta ed è seguito un aborto spontaneo. Dopo l’aborto sia io che l’attore eravamo depressi perché queste non sono cose piacevoli. . . . Preferii cambiare ginecologo e mi rivolsi unitamente all’attore al prof. M., il quale disse che in me tutto era a posto e perfetto, però mi prescrisse il ‘Clomid’ per favorire la procreazione. Detto farmaco però aveva degli effetti collaterali come quello di causare capogiri e favoriva anche l’insorgere di tumori. Quando l’attore lesse ciò mi disse: “Ti proibisco di prendere questo farmaco, io conosco te e non i miei figli”, nel senso che a lui interessavo soprattutto io e non gli eventuali figli”.

“Quando l’attore – prosequitur mulier in ipsomet diei 19 ian. 1999 vadimonio - si rese conto che non potevamo avere figli, non ebbe reazioni e abbiamo continuato regolarmente la vita che facevamo, che era particolarmente attiva: viaggi, incontri con amici, etc.

“Voglio però aggiungere – pergit conventa, peculiare referens adiunctum minime parvipendendum ad reactionem actoris investigandam circa mulieris infecunditatem – che dopo aver consultato il prof. M., io ho preso appuntamento con un medico svizzero, di cui in questo momento non ricordo il nome. L’attore non volle venire perché non voleva chiudere la farmacia e così io rinunciai all’appuntamento. A precisa domanda, rispondo che A. non volle accompagnarmi dal medico svizzero solo per non chiudere la farmacia e non per altre ragioni”.

28. - Quae abunde rettulimus – quoad modum reagendi viri infecunditate uxoris cognita – et ab actore, inquam, umquam negata, veraces reddunt, iudicio Infrascriptorum PP. DD., mulieris conventae huiusmodi sequentes declarationes :

“Abbiamo parlato col R. dei figli – fassa est mulier – però da parte sua non mi sono state poste condizioni particolari in quanto si considerava scontato che nel matrimonio i figli sono elementi essenziali, per cui, ripeto, la nostra relazione prematrimoniale fu serena e non ci furono motivi di contrasto”.

“Io gli chiesi – autumat conventa – quale era il suo stato d’animo nell’accostarsi al matrimonio, dato che aveva alle spalle un’esperienza negativa, e lui mi rispose: ‘Io vivo l’oggi e sono felice di fare questo passo’ – quod sane credibile resonare videtur in viro provectae aetatis – perché se così non mi avesse risposto io l’avrei lasciato”.

“Per A. – prosequitur mulier omnino contradicens viro – quella dei figli non era un’esigenza primaria; lui voleva stare con me e diceva: ‘Se i figli vengono, vengono, diversamente mi basta vivere con te’, e in realtà, sia prima sia dopo le nozze, si comportava come un ‘cucciolone’: stava sempre appresso a me, era sempre buono e garbato. Tant’è che dopo il matrimonio sono riuscita a riavvicinarlo alla Chiesa e a farlo partecipare e inserire nei pellegrinaggi del Treno bianco, prima con il compito di barelliere e in seguito anche con il compito di farmacista... Antonio riteneva il matrimonio con me un vincolo indissolubile perché a lui piaceva la mia persona, gradiva vivere con me e gli piaceva tutto di me”.

Quas adseverationes mulier ipsa confirmavit in vadimonio 2.i iurisdictionis gradus, die 3 febr. 2005 reddito: “in seguito all’aborto, vi fu indubbiamente una reazione di turbamento da parte di entrambi. Il dott. R., però, nei miei confronti fu particolarmente affettuoso e tenero. Era solito dirmi che io ero la sua bambina, che lui conosceva me e non i suoi figli che non aveva avuto. Ribadiva che aveva scelto me e che voleva vivere con me. Da quel momento tutto proseguì con la serenità di sempre”.

29. - Actor ipse ad hoc declaravit in vadimonio diei 28 nov. 2003 coram infra-scripto Ponente: “Amavo M. T. all’epoca del matrimonio”, eo quo in matrimoniali anulo sequentem propositionem inscribendam iussit: “Dum vivimus et ultra”, quod nece pugnat cum simulatione consensus per exclusum bonum sacramenti seu indissolubilitatis.

Sua ex parte, Judici sciscitanti, sic respondit mulier:

“Io, quando conobbi l’attore, avevo 40 anni per cui poteva anche accadere, data la mia età, che non sarebbero venuti dei figli, infatti io dissi all’attore: ‘Stando così le cose, se i figli non dovessero venire, tu cosa faresti?’ Lui mi rispose: ‘Niente, mi basti tu. Io conosco te e non i miei figli, che non ho mai conosciuto’”.

30. - Sterilitate uxoris cognita, quomodo se gessit vir actor? Dereliquitne, illico et immediate, uxorem, sicut quispiam, tam gravi adposita condicione, quod facile praevisu, fecisset ?

Vir, autem, uxoris sterilitate detecta, cum eadem convivere prosequutus est et sane quidem per non paucos annos. Mulier, immo, maritalem deseruit domum potissimum ex causis naturae oeconomicae, quas heic referre inutile putamus.

31. - Testes a partibus inducti inter se certant, nec aliter, revera, ac partes ipsae: quam ob rem eorumdem declarationes parum prosunt in iudicio, sicuti recte notavere RR. Panormitani Iudices ita edicentes in Primi gradus sententia:

“I testimoni di parte attrice e quelli di parte convenuta, portati in giudizio offrono due versioni un po’ discordanti tra loro, poiché i primi affermano che per l’attore erano importanti i figli, mentre i secondi asseriscono che comunque il R. voleva bene alla L. a prescindere dalla prole, dipingendolo anzi alcune volte come una persona poco affidabile”.

32. - Quae cum ita sint, soror actoris R. R. reicit fratrem indissolubilitatem exclusisse: “A. intendeva contrarre un matrimonio indissolubile sposando M. T. e voleva avere dei figli”. Animi demissionem, qua vir laborabat, testis ascribit potius ad difficultates generis oeconomici consecutaneas pharmaceuticae tabernae venditioni quam prolis absentiae: “Tale sconforto o meglio profonda depressione si manifestò con la vendita della farmacia”.

N. D., partium amica ex perlongo temporis spatio, testis ex parte conventae, de scientia loquitur propria cum deponit:

“Dico questo – partes, nempe, vinculum indissolubile voluisse – perché l’ho sentito direttamente da loro... Dopo l’incidente dell’aborto, qualche volta io chiesi ai coniugi se erano scontenti e se desideravano un altro figlio, M. T. mi diceva che l’avrebbe volentieri accolto, se il Signore glielo avesse mandato, mentre A. mi diceva ‘Lei è la mia bambina’, e così dicendo l’abbracciava e la baciava dinanzi a noi...A., quando si rese conto che non avrebbe avuto figli tenne un comportamento normale, perché sosteneva che senza figli poteva divertirsi e girare il mondo”.

Quod plurimi confirmant testes, in hocce iurisdictionis gradu excussi atque utriusque partis amici, veluti, ex. gr. E. T. : “Essendo un amico della coppia, ho potuto personalmente constatare che negli anni seguenti all’aborto, nulla cambiò nella loro vita familiare. Tutto procedeva con serenità e affetto. Il dott. R. era solito esternare con frasi gentili il suo affetto per la moglie e mai ricordo che abbia recriminato sulla perdita del bambino, come un qualcosa di personale” Ita in depositione reddita sub die 3 febr. 2005.

“Indubbiamente – deponit in praesenti iudicii gradu ‘A.’ R., partium amica, la reazione del Dr. R. fu di dolore per la perdita del bambino, ma superato il momento iniziale, la vita tornò alla consueta serenità... Non ricordo – pergit praefata testis et quidem valde credibiliter – che si sia mai affrontato l’argomento di altri tentativi per avere figli. Ritengo che sia un argomento troppo intimo per parlarne anche con amici carissimi...”.

Testis S. M., ab actore inductus, ait: “Per quel che A. mi diceva, la sua depressione era dovuta principalmente ai problemi di carattere finanziario derivanti dalla separazione”.

33. - Quod ad causam simulandi remotam spectat, eam omnino destruens, sic actor rotundo ore de se loquitur, abhinc a primo vadimonio:

“La mia formazione religiosa e morale è stata curata principalmente da mia madre, la quale, essendo una donna molto praticante, mi ha inculcato gli stessi principi, e cioè mi ha avviato alla pratica del culto e mi ha insegnato a rispettare tutte quelle leggi che la Chiesa richiede” ; “Io ho sempre considerato il matrim. cristiano come l’unica e vera unione tra due cristiani”, atque civili, quod vocitant, divortio semper adversum sese ostendit: quae omnia plane confirmantur a testibus ab ipso actore adductis, scil: R. R.; A. R.; S. M.; V. L. M.; J. S..

34. - Simulandi proximum motivum manifesto claudicat, quia ipse actor – qui ait “nutrivo qualche perplessità...in quanto conoscendo il concetto che la convenuta aveva del matrimonio e cioè che lo considerava un fatto sociale, nutrivo il dubbio che con lei potessi realizzare quella comunione fisica e spirituale che io desideravo, ma nello stesso tempo mi procurava qualche preoccupazione il mio precedente matrimonio fallito” – quae sequuntur, inter alia, minime haesitavit adfirmare: “Nell’incontrare la mia futura moglie ebbi a stabilire con lei rapporti così intensi fino ad avere rapporti intimi che mi facevano pensare che nulla avrebbe potuto impedire a me di realizzare il mio primario desiderio di avere prole...”.

Exinde concludi potest actorem revera serio haud fovisse dubium circa fecunditatem mulieris.

“Non consideravo l’età della convenuta come un ipotetico impedimento alla prole”, enimvero vir fassus est candide.

Legitime sibi atque Nobismetipsis petit Cl.ma conventae Patrona, cuius verbis infrascripti PP. DD. plene adsentire censent:

“Sed, rursus, si dubium non aderat, cur debuerat condicionem ponere aut simulare, excludens indissolubilitatem, consensum?”.

35. - Causa simulandi proxima, dicebamus, periclitat ac pallescit, si eam comparamus cum contrahendi causa ab ipsomet actore depicta: “Amavo T. all’epoca del matrimonio”: quod nedum a testibus confirmatur, inter quos a V. L. M., ab actore adducto: “Da quello che mi diceva A., dal punto di vista sentimentale egli si sentiva attratto da M. T.”; sed praesertim ab illa inflata inscriptione in anulo pronubo, de qua iam diximus, quam vir ipse voluit, cuius valorem nunc ille imminuere pertendit cum asserit: “si tratta di una frase fatta, ma non da me coniata e preciso altresì che ad essa davo significato qualora dal matrimonio fosse nata la prole”: Quae, vero, explicatio Nobis artificium quidem sapit necnon postumam coniecturam. “Haec verba – adnotavit perspicue D.V. Dep. suis in Animadversionibus – certo insolita, clare explicant optimam voluntatem A. erga matrimonium cum M. T.”.

Animis plane concordibus mutuoque amore ardentibus istae nuptiae, hodie controversae, celebratae sunt. Ex quo graviter presumi potest virum intra tanta septa discussionum, limitationum, condicionum, suum consensum et amorem in nuptiis ineundis non reclusisse.

Recte, igitur, censuit appellata sententia a Trib. Regionali Siculo prolata: “...da quanto detto ricaviamo la chiara e netta convinzione dell’inconsistenza della causa simulandi, mentre risulta particolarmente fondata la causa contrahendi: L’attore sposò la convenuta essenzialmente perché l’amava; se poi, come dichiara la L., i figli fossero venuti, sarebbero stati bene accettati, diversamente la loro mancanza non avrebbe minimamente turbato il loro ménage familiare”.

36. - Circumstantiae, uti hucusque enucleavimus, thesi actoris non favent.

Sponsalia, licet per breve temporis spatium, inter virum et mulierem ambo proventae aetatis necnon firma praeditos discretione ac solida institutione, ex more processerunt, nec aliter a coniugali convictu qui perduravit pacificus serenisque sane quidem per decennium, quamvis – uti supra diximus – locum habuisset naturalis abortus atque vir detexisset, definitive, suam uxorem nonnumquam parituram.

Accerrima animorum dissociatio, quae duxit ad separationem, permultis elapsis annis ab initis nuptiis, per mulieris, non autem viri, discessum, ob alias causas venit et praesertim quia status oeconomicus viri in peius ruit, eiusdem ingenium moresque deteriora facta sunt, haud exclusa progrediente abalienatione animi conventae in suum consortium.

Minime suadibilis videtur ratio quam vir praebet de perlonga convictus coniugalis prosecutione, postquam detecta fuisset incapacitas mulieris generandi sobolem:

“Solo la speranza, pertanto, tenacemente nutrita in un cambiamento di tale stato di fatto mi ha indotto a protrarre più del dovuto una convivenza che peraltro non è mai stata realmente tale. Arrivato ad un’età in cui, qualora avessi ulteriormente atteso, definitivamente impossibile si sarebbe verificata per me l’aspirazione di avere un figlio”.

Quae explicatio omni destitutam credibilitate Nobis sese ostendit. Quomodo – legitime debiteque petendum – actor loqui potest de spe, sedecim post annos, cum mulier iam in undesagesimo suae vitae iam anno erat constituta ?

37. - Ex tabulis processualibus hucusque pervolutatis, haud pubetur quod vir in nuptiis ineundis capacitati sponsae generandi filios proprium subiecerit consensum idest bonum sacramenti excluderit.

Deficiente, revera, praesumptivo illo argumento, quod iurisprudencia N.S.O. permagni facit, nempe separatione statim ac cognitum est obiectum condicionis non

exstare; absente apta simulandi causa, minime, caeterum, faventibus circumstantiis universis, superstite confessione actoris, haud semel sibi contradicentis, infrascripti PP. DD. moralem certitudinem circa accusatam nullitatem non tenuerunt adeptam.

38. - Cum, insuper, eadem sint pro utroque nullitatis accusato capite facta iuridica, quae sua in substantia thesim ab actore in iudicium deductam ex integro constituunt, sententiam hanc aequivalenter conformem pronuntiari posse primi gradus sententiae Trib. Siculi die 25 maii 2001 prolatae censuerunt infrascripti Iudices Apostolici (cf. art. 291 § 2 Instr. *Dignitas Connubii*); quod tamen non fecerunt, ne ius partis defensionis utpote laesum diceretur; actor denique, si velit, utatur iure suo circa caput tamquam in I instantia penes N. S. O. accusatum, si id opportunum aestimaverit.

39. - Hisce omnibus in iure et in facto attente perpensis, Nos infrascripti Auditores de Turno, pro Tribunali sedentes ac Deum solum prae oculis habentes, Christi nomine invocato, ad propositum dubium respondententes, declaramus, pronuntiamus et definitive sententiamus:

Negative, seu non constare de matrimonii nullitate, in casu, ullo ex adducto capite. Ita pronuntiamus atque committimus locorum Ordinariis et Tribunalium ministris, ad quos spectat, ut hanc Nostram definitivam sententiam notificent omnibus, quibus de iure, atque executioni tradant ad omnes iuris effectus. (*Omissis*)

**Legge 2 Agosto 2007, n. 130: “Modifiche alla legge 8 luglio 1998, n. 230, in materia di obiezione di coscienza”
(testo in vigore dal 6 settembre 2007)**

La Camera dei deputati ed il Senato della Repubblica hanno approvato;

IL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA
Promulga la seguente legge:

Art. 1

1. Alla legge 8 luglio 1998, n. 230, e successive modificazioni, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) all'articolo 2, comma 1, lettera a), primo periodo, le parole: “ad eccezione delle armi di cui al primo comma, lettera h), nonché’ al terzo comma dell’articolo 2 della legge 18 aprile 1975, n. 110, come sostituito dall’articolo 1, comma 1, della legge 21 febbraio 1990, n. 36” sono sostituite dalle seguenti: “ad eccezione delle armi e dei materiali esplodenti privi di attitudine a recare offesa alle persone ovvero non dotati di significativa capacità’ offensiva, individuati con decreto del Ministro dell’interno, sentita la commissione consultiva centrale per il controllo delle armi di cui all’articolo 6 della legge 18 aprile 1975, n. 110, e successive modificazioni”;

b) all’articolo 15:

1) al comma 4 sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: “ovvero quando essi abbiano rinunciato allo status di obiettore di coscienza ai sensi del comma 7-ter”;

2) dopo il comma 7 sono aggiunti i seguenti:

“7-bis. Le disposizioni di cui ai commi 6 e 7 non si applicano ai cittadini che abbiano rinunciato allo status di obiettore di coscienza ai sensi del comma 7-ter.

7-ter. L’obiettore ammesso al servizio civile, decorsi almeno cinque anni dalla data in cui è stato collocato in congedo secondo le norme previste per il servizio di leva, può rinunciare allo status di obiettore di coscienza presentando apposita dichiarazione irrevocabile presso l’Ufficio nazionale per il servizio civile, che provvede a darne tempestiva comunicazione alla Direzione generale delle pensioni militari, del collocamento al lavoro dei volontari congedati e della leva di cui all’articolo 1 del decreto legislativo 6 ottobre 2005, n. 216”.

2. Il decreto del Ministro dell’interno di cui all’articolo 2, comma 1, lettera a), della legge 8 luglio 1998, n. 230, come modificata dal comma 1, lettera a), del presente articolo, è adottato entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge.

3. Fino all’entrata in vigore del decreto del Ministro dell’interno di cui al comma 2, si applicano le disposizioni dell’articolo 2, comma 1, lettera a), primo periodo, della legge 8 luglio 1998, n. 230, nel testo vigente prima della data di entrata in vigore della presente legge.

Ministero dell'Interno. Circolare 16 febbraio 2007, n. 6: “Chiarimenti interpretativi in ordine al limite territoriale alla celebrazione di matrimoni da parte di ministri di culto diversi da quello cattolico”

**Dipartimento per gli affari interni e territoriali, Direzione centrale per
i Servizi demografici, Area III - Stato civile**

Sono pervenute richieste di chiarimento in ordine alla possibilità di trascrivere nei registri dello stato civile matrimoni religiosi celebrati da ministri di culto non cattolici al di fuori dell'ambito territoriale indicato nel decreto del Ministro dell'interno di approvazione della nomina ai sensi dell'art. 3 della legge 24 giugno 1929, n. 1159.

Sull'argomento si precisa quanto segue.

Così come indicato da diversi pareri del Consiglio di Stato, a suo tempo emessi, e confermato, di recente, dall'avviso fornito dal competente Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione - Direzione centrale degli affari dei culti di questo Ministero, interessato al riguardo, si rappresenta che il ministro di culto acattolico può celebrare matrimoni solo all'interno del territorio individuato nel decreto di approvazione della nomina emesso dal Ministro dell'interno.

Questa interpretazione trae fondamento dal fatto che l'approvazione della nomina, disposta ai soli fini della celebrazione dei matrimoni, è strettamente coordinata alla competenza territoriale dello stato civile.

Si precisa che tale limite territoriale di competenza trova applicazione anche nell'ipotesi in cui il ministro di culto, autorizzato a celebrare il matrimonio dall'ufficiale dello stato civile in base al dettato dell'art. 8 della citata legge n. 1159 del 1929, delega, qualora sia legittimamente impedito, un altro ministro di culto per la celebrazione di detto matrimonio (v. art. 25 del R.D. 28 febbraio 1930, n. 289 di attuazione della legge n. 1159 del 1929).

Resta fermo che la funzione pastorale relativa alla nomina di ministro di culto può essere svolta liberamente sull'intero territorio nazionale, configurandosi in tal caso l'esercizio di un diritto costituzionalmente garantito.

Alla luce di quanto sopra esposto appare ovvio che il matrimonio religioso celebrato da un ministro di culto al di fuori della sua competenza territoriale non deve essere trascritto nei registri dello stato civile.

Qualora tale matrimonio sia stato erroneamente registrato, l'ufficiale dello stato civile deve attivare la procedura per la richiesta al Tribunale ordinario competente per la cancellazione della trascrizione indebitamente effettuata (art. 100 del D.P.R. n. 396 del 2000).

Si pregano le SS.LL. di portare all'attenzione dei Sigg.ri Sindaci quanto sopra chiarito.

Cassazione, Sez. civ. III, sentenza 2-27 marzo 2007, n. 7449

**Parroco - Messa in suffragio - Mancata celebrazione - Libertà religiosa
- Culto - Risarcimento - Danno patrimoniale - Danno non patrimoniale
- Inadempimento contrattuale**

L'inadempimento del parroco, consistito nell'aver ommesso di celebrare all'ora concordata una funzione religiosa (nella specie, messa in suffragio di un defunto) non viola alcun diritto fondamentale della persona, e di conseguenza non legittima il committente a domandare il risarcimento del danno non patrimoniale.

(omissis)

Svolgimento del processo

M. e M. V., assumendo di avere concordato con il parroco, cui avevano versato dieci euro, la celebrazione (in un determinato giorno e ad una determinata ora) di una messa in suffragio del loro genitore e che la celebrazione non era invece avvenuta, convennero in giudizio il parroco per il risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale subito.

Il GdP dispose che la somma di euro 10,00 fosse versata agli attori (così a pagina 10 del ricorso), respinse per il resto la domanda e compensò le spese di lite.

Il tribunale di Verona ha rigettato l'appello dei V. rilevando: che il parroco non era stato inadempiente, posto che la messa era stata effettivamente celebrata, benché alle ore 8,30, invece delle ore 18,30, del giorno medesimo; che il defunto, in suffragio del quale era stato assunto l'obbligo di celebrare la messa, non aveva ricevuto alcun danno dal comportamento in questione; che, peraltro, il parroco aveva offerto agli attori, innanzi allo stesso GdP, la restituzione dei dieci euro versatigli per la celebrazione della messa.

Propongono ricorso per cassazione i V. a mezzo di tre motivi, illustrati anche da memoria, con i quali domandano che la sentenza sia cassata sui rilievi che lo spostamento dell'orario della messa costituisce inadempimento contrattuale, che non è neppure provato che la messa fosse stata effettivamente celebrata il mattino invece che il pomeriggio, che il contratto era intervenuto tra loro ed il sacerdote (e non tra il sacerdote ed il defunto, come affermato dal tribunale) ed aveva come scopo la realizzazione del vantaggio dei congiunti-contrattanti di assistere alla celebrazione della messa nell'orario stabilito.

Motivi della decisione

Il ricorso è manifestamente infondato per le assorbenti ragioni che il GdP ha disposto che la somma di euro 10 fosse versata agli attori; che gli stessi non hanno affermato in ricorso di aver mai prospettato di aver subito un danno patrimoniale ulteriore rispetto alla somma corrisposta al parroco per la messa di suffragio; che non è ravvisabile nella specie la lesione di un diritto fondamentale della persona, com-

portante la risarcibilità del danno non patrimoniale allorché non ricorra un'ipotesi di reato (cfr. Cassazione, 8827 e 8828 del 2003, cui s'è allineata la giurisprudenza successiva).

Benché, dunque, la sentenza vada corretta nella parte in cui il tribunale ha impropriamente affermato che il defunto non aveva subito alcun danno per il comportamento del parroco, volta che non il danno del defunto veniva ovviamente in considerazione ma quello in ipotesi patito dai congiunti per non aver potuto assistere alla messa di suffragio, la soluzione data alla controversia è tuttavia corretta in diritto. È, infatti, di palmare evidenza che l'impossibilità contingente di assistere ad una determinata messa di suffragio in una determinata ora, per affermato inadempimento contrattuale del sacerdote che avrebbe dovuto officiarla, non lede un diritto fondamentale della persona né incide sul diritto di ognuno "a praticare i riti della propria religione" (così la memoria illustrativa, a pagina 6), in quanto si appalesa affatto estranea alla libertà di culto. La quale, in quanto attiene alla possibilità di praticare liberamente i riti della propria religione, non è stata in nulla conculcata dalla omessa o anticipata celebrazione di una determinata messa di suffragio da parte del sacerdote di quella medesima religione (il cui culto si assume dal medesimo impedito).

Non ricorrono i presupposti per provvedere sulle spese del giudizio di cassazione.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso.

Ite Misa est! Danno morale, danno esistenziale, danno patrimoniale, per errata celebrazione di Messa

ANTONIO FUCILLO

La sentenza in commento presenta notevoli spunti di riflessione al di là della, per lo meno apparente, irrisorietà economica della questione che comunque vale la pena di riassumere nel fatto¹.

I ricorrenti avevano commissionato al loro parroco, la celebrazione di una messa in suffragio del defunto loro genitore "pagando" un corrispettivo di euro 10,00.

Tale celebrazione venne effettuata il giorno stabilito, ma ad un orario diverso (8,30, invece delle 18,30) impedendo, di fatto, la partecipazione dei ricorrenti alla celebrazione. Di qui, l'oggetto di causa.

L'azione proposta individuava nella *causa petendi* una particolare ipotesi di ri-

¹ Il provvedimento compare anche in *Danno e responsabilità*, 7, 2007, p. 779 ss, con nota di GIUSEPPE FINOCCHIARO, *Uno scherzo al prete e alla giustizia degli uomini*, *ibidem*, p. 780 ss.

sarcimento del danno sostenendo che avendo il parroco, con la propria condotta, impedito in sostanza ai richiedenti la partecipazione alla messa di suffragio questi ne avrebbero ricevuto un danno sia patrimoniale, quantificabile sulla base del pagamento effettuato, che extra contrattuale derivante da lesione della propria religiosità.

Appare evidente che la questione si presenta alquanto complessa nei suoi elementi giuridici, essendo i fatti di causa assodati e non contestati.

La Suprema Corte, dunque, rigetta il ricorso nella convinzione che il danno subito dai ricorrenti era stato correttamente limitato alla restituzione dei 10 euro pagati², e che l'accertata impossibilità (causata dall'errore del parroco) di assistere alla messa in suffragio da parte dei congiunti non avrebbe in alcun modo leso, secondo il Collegio, "un diritto fondamentale della persona, né inciso sul diritto di ognuno a praticare i riti della propria religione", in quanto, sempre secondo la Corte, la circostanza non avrebbe in alcun modo impedito, conculcato o violato il diritto dei singoli ricorrenti di praticare i riti della propria religione.

Il *decisum* in commento, quindi, relega la questione nell'ambito del danno contrattuale con esclusione, circa la fattispecie oggetto di causa, di ipotesi di danno extra contrattuale, che la Corte individua nella presente sentenza soltanto quando la violazione di un diritto fondamentale configuri un'ipotesi di reato³.

Di conseguenza, al fine di procedere ad un commento, occorre individuare i punti principali del provvedimento:

a) La Corte ritiene possibile, nel caso di specie, la risarcibilità del danno contrattuale sussumendo, quindi, tra le obbligazioni che derivano da contratto⁴, il commissiamento di "messe" a sacerdoti;

b) La Corte ha poi statuito che la impedita partecipazione a funzioni religiose causata dalla colpevole condotta altrui non è danno extra contrattuale risarcibile, se non nelle limitate ipotesi nelle quali integra gli estremi di un reato;

c) Vi è poi un interessante *obiter* nella conclusione del dispositivo, ove la Corte sembra ammettere la risarcibilità extra contrattuale derivante da lesione della "propria libertà di culto";

su ciascuno dei quali è opportuno intervenire brevemente.

A) Il "pagamento" di un onere di messa integra, per il diritto canonico, un'ipotesi di cd. "tassa di stola bianca" che rappresenta civilisticamente una prestazione obbligatoria (cioè da riscuotere) per il parroco (se imposta dal diritto diocesano – can. 1263 c.j.c.), ma del tutto volontaria per il *dans*.

La Corte sembra, nella specie, propendere per una sorta di contratto commutativo, evidentemente di prestazione d'opera, ove al pagamento dell'onere di messa deve corrispondere la controprestazione del sacerdote, che deve quindi svolgersi con le modalità derivanti dal contratto (suppongo di "prestazione d'opera, ex art. 2222 c.c.). Per cui:

- la "tassa di stola" rappresenterebbe il corrispettivo di cui parla l'art. 2225 c.c., e l'inadempimento ex art. 2224 c.c., non essendosi verificate le "condizioni stabilite" dal committente, porterebbe al recesso contrattuale del medesimo, e costituirebbe

² Già disposta, peraltro, dal Giudice di pace.

³ Nel senso che, in parte motivazionale, la Corte sembra escludere la configurazione di diverse ipotesi risarcitorie.

⁴ Secondo la tradizionale distinzione delle obbligazioni secondo la loro "fonte".

la valida motivazione della valutazione “equitativa” compiuta dal Giudice di primo grado.

Ora, se si inquadra la prestazione sacerdotale tra le prestazioni di opera, e magari di opera intellettuale (art. 2230 c.c.), è evidente che l’inadempimento del prestatore apra alla possibile risoluzione del rapporto contrattuale con le conseguenze risarcitorie previste; anche se è il caso di evidenziare come la stessa lettera del codice (art. 2230 c.c.) preveda la generale compatibilità tra le norme codicistiche in materia e la particolare natura del rapporto che ne deriva, nonché la ovvia salvaguardia dei rapporti regolamentati da leggi speciali⁵.

Deve, però, notarsi la assoluta peculiarità di tale tipo di prestazione d’opera, ed in che cosa si configuri, nel caso di specie, il suo adempimento.

Non vi è dubbio che se la fattispecie si qualifica come compimento di una *facere* è evidente che, nel caso in esame, l’inadempimento è in *re ipsa*, in quanto se richiedo la celebrazione di una messa al fine di parteciparvi è del tutto lapalissiano che l’errore sull’orario, impedendomi di fatto di assistere alla cerimonia religiosa, costituisce inadempimento contrattuale.

Tuttavia, la celebrazione di una messa in suffragio sembra una cosa ben diversa da una semplice prestazione di fare. Difatti, il beneficiario dell’opera religiosa dovrebbe *in primis* essere il defunto o la sua “anima”, che per il credente trae comunque beneficio dalla messa celebrata seppure in orario diverso. È, quindi, necessario chiarire quale sia effettivamente l’oggetto della prestazione liturgica, se si rivolga verso l’immanente o verso il congiunto che la richiede.

È legittimo dubitare (in linea di principio), dunque, anche della contestata inadempienza contrattuale se rivolta verso il suffragio dell’anima del defunto⁶, anche se tale ipotesi, pur tenuta presente dal Giudice dell’Appello, non è stata ritenuta valida dalla Corte⁷.

B) Più complesso appare il secondo punto in esame.

È, infatti, di recente “scoperta” in dottrina la problematica delle eventuale risarcibilità del “danno” da lesione della libertà religiosa degli individui quando causata dalla condotta di un terzo⁸. In realtà, è oramai diffusa l’idea che esisterebbe un “principio generale del *neminem laedere* interno all’ordinamento, incluso l’ordine costituzionale dei diritti umani”⁹, riferibile, quindi, anche alla libertà religiosa¹⁰.

⁵ È appena il caso di evidenziare la “specialità” della prestazione oggetto della controversia, dovendosi necessariamente rinviare alle regole della liturgia canonica.

⁶ Occorre ricordare che la nozione di “anima” è presente anche in una particolare norma del codice civile in materia di successioni testamentarie, l’art. 629. In tema cfr. NICOLETTA DE LUCA, *Anima est plus quam corpus*, Milano, Giuffrè, 1984.

⁷ La quale ritiene estranei alla fattispecie gli aspetti immanenti della questione, tuttavia ben presenti nella circostanza qualificata dalla celebrazione di una “messa di suffragio”, che ha lo scopo liturgico (e quindi religioso) di conforto all’anima del defunto, oltre che dei suoi parenti viventi.

⁸ RAFFAELE BOTTA, *La libertà religiosa*, in AA.VV. *Trattato breve dei nuovi danni*, a cura di PAOLO CENDON, Padova, Cedam, 2001, I, p. 763 ss.

⁹ STEFANO TESTA BEPPENHEIM, *Il codice civile è grande, e gli artt. 2043 e 2059 sono il suo profeta*, in AA.VV., *Dalla legge sui culti ammessi al progetto di legge sulla libertà religiosa*, a cura di GIUSEPPE LEZIROLI, Napoli, Jovene, 2004, p.281.

¹⁰ ANTONIO FUCCILLO, *L’attuazione privatistica della libertà religiosa*, Napoli, Jovene, 2005, p. 135 ss.

L'art. 2059 c.c., tuttavia, appare limitare le ipotesi di risarcibilità del “danno non patrimoniale” ai “casi determinati dalla legge”, ed è altresì noto come non sia sopita la polemica sulla individuazione, nei cd. “diritti fondamentali”, di fattispecie inquadabili tecnicamente e direttamente tra quelle oggetto del richiamo contenuto in detta norma.

Di conseguenza, la sentenza in esame sembra richiamare quanto sostenuto dalla medesima Corte nel noto pronunciato n. 500/99 a Sezioni Unite, ove è stato stabilito che può dar luogo a un risarcimento la “condotta” di un soggetto, a condizione che l'interesse leso: (a) sia protetto da disposizioni specifiche; ovvero (b) sia oggetto di norme che rivelano una esigenza di protezione. Nel primo caso, il risarcimento sarà sempre dovuto, purché sussistano gli altri elementi dell'illecito; nel secondo caso, il risarcimento sarà dovuto se il giudice accerti, nel caso concreto, la prevalenza dell'interesse leso rispetto a quello, eventualmente concorrente, dell'offensore. Per cui, come è stato autorevolmente affermato¹¹, è necessario individuare la norma costituzionale (nel caso di specie l'art. 19 Cost.) o la norma di legge alla quale “ancorare” l'ingiustizia, e di qui far discendere l'ipotesi risarcitoria.

Nel *decisum* in commento, quindi, la Corte, dopo avere qualificato la fattispecie concreta sostanzialmente come “inadempimento” contrattuale, esclusa quindi nel caso di specie un'ipotesi di reato, non poteva che non ammettere la configurabilità di un'autonoma ipotesi di risarcimento di danno non patrimoniale.

Occorre, però, riflettere se, nel caso in esame, effettivamente vi sia stata una lesione del diritto di libertà religiosa dei ricorrenti causata dalla condotta “colposa” del resistente.

Che l'esercizio della propria libertà di culto si espliciti anche attraverso condotte positive, cioè basate su di un *facere* concreto, è questione assodata in dottrina¹². L'attività culturale, quindi, si caratterizza anche con condotte che si configurano nel compimento di atti a volte contraddistinti da apposite pratiche liturgiche, che qualificano l'atto come dimostrativo sia della propria appartenenza confessionale che delle proprie intime convinzioni religiose, e tali atti sono protetti dall'ordinamento con il solo limite negativo dei riti contrari al “buon costume”, ipotesi peraltro lontana dalla liturgia cattolica.

Esiste, pertanto, il diritto del fedele di partecipare alla S. messa, e tale diritto non può soffrire ostacoli né da parte dello Stato, né da parte dei singoli. Prescindendo, comunque, dalla fattispecie concreta in esame (ove è fin troppo facile escludere la lesione diretta del diritto di libertà religiosa), non è condivisibile l'assunto della Corte, nel momento in cui sostiene che l'impedimento causato alla partecipazione alla funzione non costituisce di per sé lesione alla libertà religiosa dell'individuo. Tale affermazione, difatti, non corredata nel dispositivo da adeguata motivazione

¹¹ MARCO ROSSETTI, *Danno psichico, danno morale, danno esistenziale*, in *Quaderni del Consiglio Superiore della magistratura*, 2003, I.

¹² *Ex plurimis*, cfr. FRANCESCO FINOCCHIARO, *Libertà VII. Libertà di coscienza e di religione*, in *Enc. giur. trecc.*, vol. XIX, Roma, 1990; PAOLO DI MARZIO, *Contributo allo studio del diritto di libertà religiosa*, Napoli, Jovene, 2000; ANTONIO FUCILLO, *La dimensione privatistica della libertà religiosa*, in AA.VV., *La libertà religiosa*, a cura di MARIO TEDESCHI, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2002, I, p. 179 ss.; SERGIO FERLITO, *Diritto soggettivo e libertà religiosa. Riflessioni per uno studio storico e concettuale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2003; MARIO TEDESCHI, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 113 ss.

teorica, sembra aprire spazi ad una equivoca confusione tra atti di culto e prestazioni contrattuali che invece vanno tenute ben distinte. La religiosità degli individui, infatti, contiene elementi e profili non stereotipabili a priori, e non va dimenticata la caratterizzazione escatologica degli atti di culto, che, poi, costituisce la loro peculiarità rispetto all'esercizio anche di altri diritti fondamentali dell'individuo.

Sembra corretto evidenziare che la partecipazione alla funzione richiesta assume la caratterizzazione di esercizio di un diritto di libertà costituzionalmente protetto, ed in ciò prescindendo dalla circostanza di se tale diritto sia stato nella fattispecie concretamente leso¹³.

Il compimento di atti di culto è esercizio positivo della libertà religiosa degli individui ed in tale prospettiva va sempre e comunque inquadrato. Sarebbe, quindi, stato più corretto affermare che, pur non ravvisandosi nel caso in esame violazione di tale diritto, la libertà di partecipazione alle funzioni religiose è diritto autonomamente tutelabile e non fatto estraneo "alla libertà di culto".

C) Di grande interesse appare anche *l'obiter dictum* che si ricava dalla sentenza in commento.

Nonostante, infatti, l'apparente posizione "radicale" sopra esaminata (par. "B"), la Corte sembra però aprire spazio ad un' autonoma risarcibilità del danno da lesione della libertà religiosa nel punto in cui afferma che, nella fattispecie in esame, non si ritiene conculcata la libertà religiosa dei ricorrenti; affermazione dalla quale si può ricavare che qualora il fatto si fosse caratterizzato come lesivo la risarcibilità sarebbe in *re ipsa* scaturita.

Il discorso sembra fornire nuovi spazi alla risarcibilità del cd. "danno esistenziale"¹⁴, cioè alla risarcibilità patrimoniale di ipotesi contraddistinte dalle modificazioni peggiorative della sfera personale dei soggetti coinvolti, che causano riflessi negativi sulla vita della persona, causando la potenziale reazione dell'ordinamento attraverso il risarcimento patrimoniale di un danno "non patrimoniale"¹⁵.

D'altra parte, un segnale deciso in tale direzione lo si può cogliere dal sempre più ampio riconoscimento che la categoria del danno esistenziale ha assunto, sin dalla sentenza n. 6507/01 della medesima Corte di Cassazione, che aveva "esteso al danno da lesione della reputazione, così come a tutti i danni da lesione di un diritto della personalità, la fortunata formula già sperimentata con riguardo al danno biologico, e che può così sillogizzarsi: (a) i diritti fondamentali della persona, costituzionalmente garantiti, sono altrettanti diritti soggettivi perfetti; (b) la lesione di tali diritti, in virtù

¹³ E, quindi, dalla ipotesi risarcitoria riguardante la fattispecie oggetto della causa.

¹⁴ Tra le sentenze favorevoli alla risarcibilità del danno esistenziale viene solitamente citato il *decisum* di Cass., 7.6.2000, n. 7713. In questa decisione, la Suprema Corte ha affermato che la lesione di uno qualsiasi dei diritti fondamentali della persona, anche a prescindere dalla commissione di un reato, è causa di un danno ingiusto ai sensi dell'art. 2043 c.c., che va risarcito in via equitativa in aggiunta rispetto agli eventuali pregiudizi patrimoniali. Tale decisione è stata indirettamente corroborata, più di recente, da Cass. 3.4.2001 n. 4881, e da Cass., 10.5.2001, n. 6507. Anche secondo queste due sentenze (nelle quali comunque non si parla mai di "danno esistenziale"), la lesione dei diritti fondamentali della persona, costituzionalmente garantiti, costituisce un danno risarcibile ex art. 2043 c.c., che si aggiunge sia al danno morale, sia a quello patrimoniale.

¹⁵ È andato concretizzandosi ciò che STEFANO RODOTÀ, *Modelli e funzioni della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 60 ss., aveva con lungimiranza definito come possibile "ampliamento delle frontiere della responsabilità civile".

del combinato disposto dell'art. 2043 c.c., e della norma costituzionale che sancisce il diritto lesa, genera un danno risarcibile; (c) tale danno deve essere risarcito in aggiunta sia al danno morale, sia a quello patrimoniale in senso stretto"¹⁶.

Le considerazioni in tema sembrano proporre una peculiare vivificazione dei principi costituzionali riferiti alla persona (nel caso di specie, l'art. 19 Cost.), con il necessario e conseguente profilo della risarcibilità in via autonoma (liquidato dal giudice secondo equità), oppure collegandolo a fattispecie più direttamente monetizzabili¹⁷. Il danno esistenziale¹⁸ per chi, quindi, ne sostiene l'esistenza e la risarcibilità, costituirebbe una categoria unica ed unificante dei danni non patrimoniali diversi da quelli morali, che riassume in sé il danno biologico, quello alla vita di relazione, quello alla serenità familiare, alla vita sessuale¹⁹.

Tuttavia, nonostante i molteplici dubbi che avvolgono la figura del "danno esistenziale"²⁰, la questione sembra ricevere nuova linfa, a fine di prospettare l'ammissibilità della tutela risarcitoria *ex se* della lesione del diritto di libertà religiosa²¹.

Con una singolare sinergia tra la Corte di cassazione e quella costituzionale: nel breve volgere di due mesi, infatti, sia la prima²², che la seconda²³, hanno proceduto ad una significativa rilettura dell'art. 2059 c.c., stabilendo che:

(a) "il danno non patrimoniale deve essere inteso come categoria ampia, comprensiva di ogni ipotesi in cui sia lesa un valore inerente alla persona" (Cass. 8827/03)

(b) "non [è] proficuo ritagliare all'interno di tale generale categoria specifiche figure di danno, etichettandole in vario modo; ciò che rileva, ai fini dell'ammissione a risarcimento, in riferimento all'art. 2059, è l'ingiusta lesione di un interesse inerente alla persona, dal quale conseguano pregiudizi non suscettivi di valutazione economica" (Cass. 8827/03);

(c) il limite risarcitorio dettato dall'art. 2059 c.c. non opera "se la lesione ha riguardato valori della persona costituzionalmente garantiti" (Cass. 8827/03);

(d) la tutela risarcitoria della persona "va ricondotta al sistema bipolare del danno patrimoniale e di quello non patrimoniale: quest'ultimo comprensivo del danno biologico in senso stretto, del danno morale soggettivo come tradizionalmente inteso e dei pregiudizi diversi ad ulteriori, purché costituenti conseguenza della lesione di un interesse costituzionalmente protetto" (Cass. 8827/03).

¹⁶ MARCO ROSSETTI, *nota a Cass. 6507/2001*, in *Diritto e giustizia*, 2001, n.87, *ad vocem*.

¹⁷ Come, ad esempio, poteva essere nel caso di specie, ove era stata lamentata anche una lesione contrattuale, e quindi un danno patrimoniale diretto.

¹⁸ La locuzione è assunta nel significato attribuitole da parte della dottrina, nella consapevolezza del suo significato "convenzionale".

¹⁹ PAOLO ZIVIZ, *Alla scoperta dal danno esistenziale*, in *Contr. e impr.*, 1994, pp. 864-865.

²⁰ Espressi, tra gli altri, nei commenti a margine della citata sentenza. Leggila: in *Danno e resp.*, 2000, p. 835, con note di PIER GIUSEPPE MONATERI, *Alle soglie: la prima vittoria in Cassazione del danno esistenziale*, e di GIULIO PONZANELLI, *Attenzione: non è danno esistenziale, ma vera e propria pena privata*; nonché in *Diritto e giustizia*, 2000, n. 23, p. 23, ed *ibidem*, n. 24, p. 4 ss., con nota di MARCO ROSSETTI, *Messa da requiem per il 2059 c.c. se passa la linea del "danno in sé"*.

²¹ L'argomento è assolutamente delicato, ed in questa sede può essere soltanto accennato. In tema, mi si consenta un ampio rinvio ad ANTONIO FUCCILLO, *L'attuazione privatistica della libertà religiosa*, Napoli, Jovene, 2005, p. 135 ss.

²² Cass. 31.5.2003 n. 8827 e Cass. 31.5.2003 n. 8828, ambedue in *Danno e resp.*, 2003, 816 e ss.

²³ Corte cost., 11.7.2003 n. 233, in *Danno e resp.*, 2003, 939.

Per effetto di tali decisioni, tutti i danni non patrimoniali lesivi di interessi della persona di rango costituzionale sono divenuti dunque sempre risarcibili, anche al di fuori dei limiti di cui all'art. 2059 c.c., con valutazione rimessa all'equo apprezzamento del giudice nel caso concreto.

La sentenza in commento, anche in virtù dell'esplicito richiamo agli appena citati precedenti, può sistemarsi nella scia di tali pronunciati, e quindi tra quelli che sostanzialmente ammettono una possibile risarcibilità di un danno non patrimoniale da lesione di diritto costituzionalmente garantito, in ciò rispettando il disposto dell'art. 2059 c.c.²⁴.

Resta il rammarico che, prescindendo dalla vacuità economica della questione concreta oggetto di causa, la Corte aveva l'occasione di affrontare direttamente la "positività" del diritto di libertà religiosa²⁵, la sua collocazione tra i diritti fondamentali direttamente attivabili dai singoli, la sua precettività²⁶, ed a ciò deve supplire trovandovi, peraltro, il suo legittimo spazio, la dottrina²⁷.

²⁴ Nonostante che sia dubbio in dottrina se sia, o meno, necessaria una qualificazione dei diritti "fondamentali" attraverso norme di riconoscimento, è indubbio che nell'attivazione del disposto dell'art. 2059 c.c. non se ne possa prescindere.

²⁵ Sembra, infatti, un po' affrettata la definizione di questione "stravagante", sostenuta da GIUSEPPE FINOCCHIARO, *Uno scherzo al prete e alla giustizia degli uomini*, cit., p. 780, il quale Autore, poi, sembra sostenere la "sbrigativa" definizione della questione assunta dalla Corte (*ibidem*, p. 781).

²⁶ Certamente, sia nel dispositivo, che nella motivazione, la Corte ha liquidato la questione con una disarmante superficialità, evitando di entrare nella difficile analisi dei contenuti del diritto di libertà religiosa.

²⁷ È appena il caso di notare come spetti alla "scienza del diritto ecclesiastico" tale compito.

Corte di Cassazione, Sentenza 16 ottobre 2007, n. 21748

Alimentazione forzata - Coma vegetativo irreversibile - Diritti personalissimi - Trattamenti sanitari - Diritto alla vita - Accanimento terapeutico - Incapacità di intendere e volere - Rappresentanza legale - Tutore - Curatore speciale - Dignità umana - Libertà fondamentali - Stato vegetativo permanente.

In una situazione cronica di oggettiva irreversibilità del quadro clinico, può essere dato corso, come estremo gesto di rispetto dell'autonomia del malato in stato vegetativo permanente, alla richiesta - proveniente dal tutore che lo rappresenta - di interruzione del trattamento medico che lo tiene artificialmente in vita, allorché quella condizione - proprio muovendo dalla volontà espressa prima di cadere in tale stato e tenendo conto dei valori e delle convinzioni propri della persona in stato di incapacità - si appalesi, in mancanza di qualsivoglia prospettiva di regressione della patologia, lesiva del suo modo di intendere la dignità della vita e la sofferenza nella vita. Sulla base di tali considerazioni, la decisione del giudice, dato il coinvolgimento nella vicenda del diritto alla vita come bene supremo, può essere nel senso dell'autorizzazione soltanto (a) quando la condizione di stato vegetativo sia, in base ad un rigoroso apprezzamento clinico, irreversibile e non vi sia alcun fondamento medico, secondo gli standard scientifici riconosciuti a livello internazionale, che lasci supporre che la persona abbia la benché minima possibilità di un qualche, sia pure flebile, recupero della coscienza e di ritorno ad una percezione del mondo esterno; e (b) sempre che tale istanza sia realmente espressiva, in base ad elementi di prova chiari, concordanti e convincenti, della voce del rappresentato, tratta dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti, corrispondendo al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona.

(omissis)

Svolgimento del processo

1. - Con ricorso ex art. 732 cod. proc. civ., B. E., quale tutore della figlia interdetta E. E., ha chiesto al Tribunale di Lecco, previa nomina di un curatore speciale ai sensi dell'art. 78 cod. proc. civ., l'emanazione di un ordine di interruzione della alimentazione forzata mediante sondino nasogastrico che tiene in vita la tutelata, in stato di coma vegetativo irreversibile dal 1992.

Il curatore speciale, nominato dal Presidente del Tribunale, ha aderito al ricorso.

Il Tribunale di Lecco, con decreto in data 2 febbraio 2006, ha dichiarato inammissibile il ricorso ed ha giudicato manifestamente infondati i profili di illegittimità costituzionale prospettati in via subordinata dal tutore e dal curatore speciale.

Né il tutore né il curatore speciale - hanno statuito i primi giudici - hanno la rappresentanza sostanziale, e quindi processuale, dell'interdetta con riferimento alla domanda dedotta in giudizio, involgendo essa la sfera dei diritti personalissimi, per i quali il nostro ordinamento giuridico non ammette la rappresentanza, se non in ipotesi tassative previste dalla legge, nella specie non ricorrenti.

Inoltre, la mancata previsione normativa di una tale rappresentanza è perfettamente aderente al dettato costituzionale, e la lacuna non può essere colmata con una interpretazione costituzionalmente orientata.

Peraltro, anche ove il curatore o il tutore fossero investiti di tale potere, la domanda – ad avviso dei primi giudici - dovrebbe essere rigettata, perché il suo accoglimento contrasterebbe con i principi espressi dall'ordinamento costituzionale. Infatti, ai sensi degli artt. 2 e 32 Cost., un trattamento terapeutico o di alimentazione, anche invasivo, indispensabile a tenere in vita una persona non capace di prestarvi consenso, non solo è lecito, ma dovuto, in quanto espressione del dovere di solidarietà posto a carico dei consociati, tanto più pregnante quando, come nella specie, il soggetto interessato non sia in grado di manifestare la sua volontà. In base agli artt. 13 e 32 Cost. ogni persona, se pienamente capace di intendere e di volere, può rifiutare qualsiasi trattamento terapeutico o nutrizionale fortemente invasivo, anche se necessario alla sua sopravvivenza, laddove se la persona non è capace di intendere e di volere il conflitto tra il diritto di libertà e di autodeterminazione e il diritto alla vita è solo ipotetico e deve risolversi a favore di quest'ultimo, in quanto, non potendo la persona esprimere alcuna volontà, non vi è alcun profilo di autodeterminazione o di libertà da tutelare. L'art. 32 Cost. porta ed escludere che si possa operare una distinzione tra vite degne e non degne di essere vissute.

2. – Avverso tale decreto ha proposto reclamo alla Corte d'appello di Milano il tutore, chiedendo che, previa opportuna istruttoria sulla volontà di E., a suo tempo manifestata, contraria agli accanimenti terapeutici e, ove occorra, incidente di costituzionalità, venga ordinata l'interruzione dell'alimentazione forzata di E., in quanto trattamento invasivo della sfera personale, perpetrato contro la dignità umana.

Il curatore speciale, costituitosi, ha chiesto l'accoglimento dell'impugnazione, ed ha proposto egli stesso reclamo, da intendersi anche come reclamo incidentale.

Il pubblico ministero ha concluso per la reiezione del reclamo, ritenendo divisibili le argomentazioni poste dal Tribunale a fondamento del provvedimento impugnato.

3. – La Corte d'appello di Milano, con decreto in data 16 dicembre 2006, in riforma del provvedimento impugnato, ha dichiarato ammissibile il ricorso e lo ha rigettato nel merito.

3.1. – La Corte ambrosiana non condivide la decisione del Tribunale in punto di inammissibilità della domanda, giacché i rappresentanti legali di E. domandano che sia il giudice a disporre l'interruzione dell'alimentazione e dell'idratazione artificiali, sul presupposto che tale presidio medico costituisca un trattamento invasivo dell'integrità psicofisica, contrario alla dignità umana, non praticabile contro la volontà dell'incapace o, comunque, in assenza del suo consenso.

Secondo la Corte territoriale, ai sensi del combinato disposto degli artt. 357 e 424 cod. civ., nel potere di cura della persona, conferito al rappresentante legale dell'incapace, non può non ritenersi compreso il diritto-dovere di esprimere il consenso informato alle terapie mediche. La "cura della persona" implica non solo la cura degli interessi patrimoniali, quanto – principalmente – di quelli di natura esistenziale, tra i quali vi è indubbiamente la salute intesa non solo come integrità psicofisica, ma anche come diritto di farsi curare o di rifiutare la cura: tale diritto non può trovare limitazione alcuna quando la persona interessata non è in grado di determinarsi.

La presenza in causa – indicata come necessaria dalla Corte di cassazione con l'Ordinanza 20 aprile 2005, n. 8291 – del curatore speciale che si è associato alla richiesta del tutore supera ogni problema di possibile conflitto tra la tutelata ed il tutore.

E, in considerazione dello stato di totale incapacità di E. e delle gravi conseguenze che la sospensione del trattamento in atto produrrebbe, il tutore o, in sua vece, il curatore speciale deve adire il giudice per ottenerne l'interruzione.

3.2. - Nel merito, la Corte d'appello osserva che E. – la quale non può considerarsi clinicamente morta, perché la morte si ha con la cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo – si trova in stato vegetativo permanente, condizione clinica che, secondo la scienza medica, è caratteristica di un soggetto che “ventila, in cui gli occhi possono rimanere aperti, le pupille reagiscono, i riflessi del tronco e spinali persistono, ma non vi è alcun segno di attività psichica e di partecipazione all'ambiente e le uniche risposte motorie riflesse consistono in una redistribuzione del tono muscolare”. Lo stato vegetativo di E. è immutato dal 1992 – da quando ella riportò un trauma cranico-encefalico a seguito di incidente stradale – ed è irreversibile, mentre la cessazione della alimentazione a mezzo del sondino nasogastrico la condurrebbe a sicura morte nel giro di pochissimi giorni.

La Corte territoriale riferisce che dalle concordi deposizioni di tre amiche di E. – le quali avevano raccolto le sue confidenze poco prima del tragico incidente che l'ha ridotta nelle attuali condizioni - emerge che costei era rimasta profondamente scossa dopo aver fatto visita in ospedale all'amico Alessandro, in coma a seguito di un sinistro stradale, aveva dichiarato di ritenere preferibile la situazione di un altro ragazzo, Filippo, che, nel corso dello stesso incidente, era morto sul colpo, piuttosto che rimanere immobile in ospedale in balia di altri attaccato ad un tubo, ed aveva manifestato tale sua convinzione anche a scuola, in una discussione apertasi al riguardo con le sue insegnanti suore.

Secondo i giudici del reclamo, si tratterebbe di dichiarazioni generiche, rese a terzi con riferimento a fatti accaduti ad altre persone, in un momento di forte emotività, quando E. era molto giovane, si trovava in uno stato di benessere fisico e non nella attualità della malattia, era priva di maturità certa rispetto alle tematiche della vita e della morte e non poteva neppure immaginare la situazione in cui ora versa. Non potrebbe dunque attribuirsi alle dichiarazioni di E. il valore di una personale, consapevole ed attuale determinazione volitiva, maturata con assoluta cognizione di causa. La posizione di E. sarebbe pertanto assimilabile a quella di qualsiasi altro soggetto incapace che nulla abbia detto in merito alle cure ed ai trattamenti medici cui deve essere sottoposto.

La Corte d'appello non condivide la tesi – sostenuta dal tutore ed avallata dal curatore speciale – secondo cui, di fronte ad un trattamento medico - l'alimentazione forzata mediante sondino nasogastrico - che mantiene in vita E. esclusivamente da un punto di vista biologico senza alcuna speranza di miglioramento, solo l'accertamento di una precisa volontà, espressa da E. quando era cosciente, favorevole alla prosecuzione della vita ad ogni costo, potrebbe indurre a valutare come non degradante e non contrario alla dignità umana il trattamento che oggi le viene imposto.

Innanzitutto perché, in base alla vigente normativa, E. è viva, posto che la morte si ha con la cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo. In secondo luogo perché – al di là di ogni questione inerente alla natura di terapia medica, di accanimento terapeutico (inteso come cure mediche svincolate dalla speranza di recupero del paziente) o di normale mezzo di sostentamento che si possa dare alla alimentazione forzata cui è sottoposta E. – è indiscutibile che, non essendo E. in grado di alimentarsi altrimenti ed essendo la nutrizione con sondino nasogastrico l'unico modo di alimentarla, la sua sospensione condurrebbe l'incapace a morte certa nel volgere di pochi giorni: equivarrebbe, quindi, ad una eutanasia indiretta omissiva.

Secondo i giudici del gravame, non vi sarebbe alcuna possibilità di accedere a distinzioni tra vite degne e non degne di essere vissute, dovendosi fare riferimento unicamente al bene vita costituzionalmente garantito, indipendentemente dalla qualità della vita stessa e dalle percezioni soggettive che di detta qualità si possono avere.

“Se è indubbio che, in forza del diritto alla salute e alla autodeterminazione in campo sanitario, il soggetto capace possa rifiutare anche le cure indispensabili a tenerlo in vita, nel caso di soggetto incapace (di cui non sia certa la volontà, come nel caso di E.) per il quale sia in atto solo un trattamento di nutrizione, che indipendentemente dalle modalità invasive con cui viene eseguito (sondino nasogastrico) è sicuramente indispensabile per l'impossibilità del soggetto di alimentarsi altrimenti e che, se sospeso, condurrebbe lo stesso a morte, il giudice – chiamato a decidere se sospendere o meno detto trattamento – non può non tenere in considerazione le irreversibili conseguenze cui porterebbe la chiesta sospensione (morte del soggetto incapace), dovendo necessariamente operare un bilanciamento tra diritti parimenti garantiti dalla Costituzione, quali quello alla autodeterminazione e dignità della persona e quello alla vita”. Detto bilanciamento – a giudizio della Corte d'appello – “non può che risolversi a favore del diritto alla vita, ove si osservi la collocazione sistematica (art. 2 Cost.) dello stesso, privilegiata rispetto agli altri (contemplati dagli artt. 13 e 32 Cost.), all'interno della Carta costituzionale”; tanto più che, alla luce di disposizioni normative interne e convenzionali, la vita è un bene supremo, non essendo configurabile l'esistenza di un “diritto a morire” (come ha riconosciuto la Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza 29 aprile 2002 nel caso *Pretty c. Regno Unito*).

4. – Per la cassazione del decreto della Corte d'appello il tutore B. E., con atto notificato il 3 marzo 2007, ha interposto ricorso, affidato ad un unico, complesso motivo.

Anche il controricorrente curatore speciale Avv. Franca Alessio ha proposto ricorso incidentale, sulla base di due motivi.

Il ricorrente ed il ricorrente incidentale hanno, entrambi, depositato memoria in prossimità dell'udienza.

Motivi della decisione

1. – Con l'unico mezzo illustrato con memoria - denunciando violazione degli artt. 357 e 424 cod. civ., in relazione agli artt. 2, 13 e 32 Cost., nonché omessa ed insufficiente motivazione circa il punto decisivo della controversia – il tutore, ricorrente in via principale, chiede alla Corte di affermare, come principio di diritto, “il divieto di accanimento terapeutico, e cioè che nessuno debba subire trattamenti invasivi della propria persona, ancorché finalizzati al prolungamento artificiale della vita, senza che ne sia concretamente ed effettivamente verificata l'utilità ed il beneficio”. Qualora tale risultato ermeneutico sia precluso per effetto degli artt. 357 cod. civ. e 732 cod. proc. civ., ovvero di altre norme di legge ordinaria, il ricorrente chiede che sia sollevata questione di legittimità costituzionale di tutte tali norme legislative, per violazione degli artt. 2, 13 e 32 Cost., da cui si assume discendere la piena operatività del divieto di accanimento terapeutico.

Secondo il ricorrente, la Corte d'appello di Milano avrebbe frainteso e travisato completamente il significato da attribuirsi alla indisponibilità ed irrinunciabilità del diritto alla vita. Il predicare l'indisponibilità del diritto alla vita, a differenza di quel che accade per altri diritti costituzionali e fondamentali, si riallaccia al fatto che, nella mappa del costituzionalismo moderno, esso costituisce un diritto diverso da tutti

gli altri: la vita è indispensabile presupposto per il godimento di qualunque libertà dell'uomo e, proprio per questo, non può ammettersi che la persona alieni ad altri la decisione sulla propria sopravvivenza o che il diritto si estingua con la rinuncia. E tuttavia, l'indisponibilità ed irrinunciabilità del diritto alla vita è garantita per evitare che soggetti diversi da quello che deve vivere, il quale potrebbe versare in stato di debolezza e minorità, si arroghino arbitrariamente il diritto di interrompere la vita altrui; ma sarebbe errato costruire l'indisponibilità della vita in ossequio ad un interesse altrui, pubblico o collettivo, sopraordinato e distinto da quello della persona che vive.

Del resto – ricorda il ricorrente – la Corte costituzionale ha precisato che nella tutela della libertà personale resa inviolabile dall'art. 13 Cost. è postulata la sfera di esplicazione del potere della persona di disporre del proprio corpo. E la giurisprudenza della Corte di cassazione, nel ricostruire di recente come fonte di responsabilità del medico il solo fatto di non avere informato il paziente, o di non averne sollecitato ed ottenuto previamente l'assenso per il trattamento, ha chiarito che qui siamo fuori dall'ipotesi in cui il consenso dell'avente diritto vale come esimente da responsabilità giuridica per chi ha agito praticando la cura invasiva della sfera individuale: il consenso libero ed informato è piuttosto percepito come un requisito intrinseco perché l'intervento di chi pure sia professionalmente competente a curare risulti di per sé legittimo.

Il che – ad avviso del ricorrente – sottolinea come il diritto alla vita, proprio perché irrinunciabile ed indisponibile, non spetti che al suo titolare e non possa essere trasferito ad altri, che lo costringano a vivere come essi vorrebbero.

Ciò che la Corte ambrosiana avrebbe trascurato è che, nel caso di E. E. come in qualunque altro caso di trattamenti praticati dal medico o da altri sulla persona per mantenerla in vita, a venire in rilievo non è il diritto alla vita, ma “solo ed esclusivamente la legittimità della decisione di un uomo, che solitamente e per fortuna nel caso nostro è un medico professionalmente competente, di intervenire sul corpo di una persona per prolungarne la vita”.

Ad avviso del ricorrente, la garanzia del diritto alla vita è più complessa per soggetti incapaci di intendere e di volere, come E. E., che non per chi abbia coscienza e volontà. Per chi sia cosciente e capace di volere, invero, la prima garanzia del proprio diritto alla vita risiede nella libertà di autodeterminazione rispetto all'ingerenza altrui, ove pure consista in una cura da erogarsi in nome del mantenimento in vita.

Lo stesso tipo di garanzia non è sostenibile per chi sia in stato di incapacità. La giurisprudenza ha da tempo individuato, come criterio di azione, l'autolegittimazione dell'intervento medico, in quanto dedito a curare e dotato all'uopo di convenienti capacità ed attitudini professionali. Secondo il ricorrente, resterebbe l'esigenza, di rango costituzionale, che il trattamento invasivo della persona, quando non sia e non possa essere assentito da chi lo subisce, sia erogato sotto il diretto controllo dell'autorità giudiziaria, in quanto sicuramente ricadente nell'ambito di applicazione dell'art. 13 Cost.

La Corte d'appello di Milano avrebbe svolto, sotto questo profilo, un ragionamento alquanto contraddittorio. Per un verso, nel dichiarare ammissibile il ricorso del tutore, la Corte territoriale non avrebbe negato ed avrebbe anzi ammesso la necessità che il trattamento di cura invasivo della persona di E. sia sottoposto al controllo dell'autorità giudiziaria; mentre, nel contempo e per altro verso, la stessa Corte avrebbe poi rifiutato, giudicando nel merito, di rilevare ogni e qualunque limite all'intervento del medico, quando il trattamento di cura incida sul diritto alla vita.

Questa contraddizione, ad avviso del ricorrente, sarebbe frutto di una impostazione radicalmente errata, giacché l'autolegittimazione del medico ad intervenire, anche per trattamenti incidenti sul bene della vita, deve arrestarsi quando i trattamenti medesimi configurino ciò che costituisce accanimento terapeutico.

Secondo il codice di deontologia medica (art. 14), il medico deve astenersi dall'ostinazione in trattamenti da cui non si possa fondatamente attendere un beneficio per la salute del malato e/o un miglioramento della qualità della vita. In questo si rispecchiano l'idea di non accanirsi in trattamenti "futili", presente nell'esperienza anglosassone, o le prescrizioni della riforma del Codice della salute francese introdotte dalla legge 2005-370 del 22 aprile 2005, sulla sospensione e la non erogazione, a titolo di "ostinazione irragionevole", di trattamenti "inutili, sproporzionati o non aventi altro effetto che il solo mantenimento artificiale della vita".

Sicché, quando il trattamento è inutile, futile e non serve alla salute, sicuramente esso esula da ogni più ampio concetto di cura e di pratica della medicina, ed il medico, come professionista, non può praticarlo, se non invadendo ingiustificatamente la sfera personale del paziente (artt. 2, 13 e 32 Cost.).

Il ricorrente contesta la tesi – fatta propria dalla Corte di Milano – secondo cui, poiché la conservazione della vita è un bene in sé, qualsiasi trattamento volto a tale scopo non potrebbe configurare accanimento. Difatti, in frangenti come quello in cui si trova E., non è lo spegnersi, bensì il protrarsi della vita ad essere artificiale, ad essere il mero prodotto dell'azione che un uomo compie nella sfera individuale di un'altra persona la quale, solo per tale via, viene, letteralmente, costretta a sopravvivere.

Si sostiene che anche per i trattamenti tesi al prolungamento della vita altrui, come per qualunque altro trattamento medico, deve essere verificato se essi rechino un beneficio o un'utilità al paziente o non incorrano nel divieto di accanimento terapeutico.

Ad avviso del ricorrente, il divieto di ostinazione in cure per cui non sia accertabile ed accertato un beneficio o un miglioramento della qualità della vita non sarebbe in contraddizione con il divieto di trattamenti diretti a provocare la morte: giacché una cosa è che il medico non debba uccidere, neppure sotto le mentite spoglie del curare; altra cosa è che il medico possa e debba astenersi da quei trattamenti che, pur suscettibili di prolungare il vivere, fosse accertato non rechino beneficio o utilità per il paziente, nel sottrarlo all'esito naturale e fatale dello stato in cui si trova e nel forzarlo a mantenere talune funzioni vitali.

Nel ricorso si sostiene che il diritto alla vita è in uno – e non è contrapponibile, come viceversa vorrebbe la Corte d'appello milanese – con la garanzia dell'individualità umana di cui agli artt. 2, 13 e 32 Cost. Il modo normale di garantire l'individualità di un uomo è l'autodeterminazione; ma quando, come nel caso di E., l'autodeterminazione non è più possibile, perché la persona ha perso irreversibilmente coscienza e volontà, bisogna perlomeno assicurarsi che ciò che resta dell'individualità umana, in cui si ripone la "dignità" di cui discorrono gli artt. 2, 13 e 32 Cost., non vada perduta. E tale individualità andrebbe perduta qualora un'altra persona, diversa da quella che deve vivere, potesse illimitatamente ingerirsi nella sfera personale dell'incapace per manipolarla fin nell'intimo, fino al punto di imporre il mantenimento di funzioni vitali altrimenti perdute.

Il divieto di accanimento terapeutico – si sostiene – nasce proprio da qui: esso nasce affinché l'intervento del medico, artificiale ed invasivo della sfera personale di chi è incapace e perciò inerme, sia entro i confini dati dall'autolegittimazione del medico come professionista, il quale, come tale, deve curare e quindi recare un tangibile

vantaggio al suo paziente. Siffatta accurata verifica della utilità o del beneficio del trattamento per chi lo subisce andrebbe fatta proprio e soprattutto quando il trattamento miri a prolungare la vita, poiché “proprio e soprattutto quando il trattamento stesso miri a prolungare la vita, il medico, come professionista, si spinge al massimo dell'intromissione nella sfera individuale dell'altra persona, addirittura modificando, o quanto meno spostando, le frontiere tra la vita e la morte”.

Certamente non ci si deve permettere, neppure ed anzi a maggior ragione per chi sia incapace o abbia minorazioni, di distinguere tra vite degne e non degne di essere vissute. Il che non toglie, tuttavia, che vi siano casi in cui, per il prolungamento artificiale della vita, non si dia riscontro di utilità o beneficio alcuno ed in cui, quindi, l'unico risultato prodotto dal trattamento o dalla cura è di sancire il trionfo della scienza medica nel vincere l'esito naturale della morte. Tale trionfo è però un trionfo vacuo, ribaltabile in disfatta, se per il paziente e la sua salute non c'è altro effetto o vantaggio.

Non è la vita in sé, che è un dono, a potere essere mai indegna; ad essere indegno può essere solo il protrarre artificialmente il vivere, oltre quel che altrimenti avverrebbe, solo grazie all'intervento del medico o comunque di un altro, che non è la persona che si costringe alla vita.

La Corte d'appello di Milano, ad avviso del ricorrente, avrebbe inoltre finito con il travisare e distorcere il significato dell'istruttoria effettuata durante il giudizio, nel quale è stato appurato, per testi, il convincimento di E., anteriormente all'incidente che l'ha ridotta in stato vegetativo permanente, che sarebbe stato “meglio” morire piuttosto di avere quella che “non poteva considerarsi vita”. I convincimenti di E. sarebbero stati chiesti e sarebbero stati oggetto di istruttoria non perché taluno potesse pensare che essi, manifestati in un tempo lontano, quando ancora E. era in piena salute, valgano oggi come manifestazione di volontà idonea, equiparabile ad un dissenso in chiave attuale dai trattamenti che ella subisce. L'accertamento dei convincimenti di E., quando ancora poteva manifestarli, sarebbe stato richiesto e fatto, invece, perché la Corte d'appello, nel pronunciarsi sul mantenimento dell'idratazione e dell'alimentazione artificiali, potesse valutare e ponderare ogni elemento disponibile.

Lo stato vegetativo permanente (SVP) in cui giace E. è uno stato unico e differente da qualunque altro, non accostabile in alcun modo a stati di handicap o di minorità, ovvero a stati di eclissi della coscienza e volontà in potenza reversibili come il coma. Nello stato di SVP, a differenza che in altri, può darsi effettivamente il problema del riscontro di un qualunque beneficio o una qualunque utilità tangibile dei trattamenti o delle cure, solo finalizzate a posporre la morte sotto l'angolo visuale biologico.

2.1. – Con il primo motivo, illustrato con memoria, denunciando violazione o falsa applicazione degli artt. 357 e 424 cod. civ., in relazione agli artt. 2, 13 e 32 Cost., il curatore speciale, ricorrente in via incidentale, chiede che sia affermato come principio di diritto il divieto di accanimento terapeutico. Ripercorrendo le medesime argomentazioni contenute nel ricorso principale, nel ricorso incidentale si sottolinea come E. non sia in grado di esprimere alcun consenso riguardo ad atti che si configurano come invasivi della sua personale integrità psico-fisica, e si richiama la giurisprudenza costituzionale sull'attinenza della tutela della libertà personale a qualunque intromissione sul corpo o sulla psiche cui il soggetto non abbia consentito. Si pone l'accento sulla tutela della dignità umana, inscindibile da quella della vita stessa, come valore costituzionale, e si invoca, tra l'altro, l'art. 32 Cost., che preclude trattamenti sanitari che possano violare il rispetto della persona umana. Si sostiene che, quando il trattamento è inutile, futile e non serve alla salute, sicuramente esso

esula da ogni più ampio concetto di cura e di pratica della medicina, ed il medico, come professionista, non può praticarlo, se non invadendo ingiustificatamente la sfera personale del paziente.

2.2. – Il secondo mezzo del ricorso incidentale denuncia omessa ed insufficiente motivazione circa il punto decisivo della controversia e chiede che la Corte si pronunci in ordine al principio che nessuno debba subire trattamenti invasivi sulla propria persona, ancorché finalizzati al prolungamento artificiale della vita, senza che ne sia concretamente ed effettivamente verificata l'utilità ed il beneficio. Ad avviso del ricorrente in via incidentale, l'osservanza del divieto di accanimento terapeutico doveva essere assicurata dalla Corte d'appello di Milano nell'accezione del divieto di attività svincolata dalla speranza di recupero del paziente, indipendentemente dall'essere il trattamento in questione finalizzato al mantenimento in vita.

Anche nella memoria si sottolinea che la Corte d'appello erroneamente avrebbe, dopo averle ammesse, ritenuto ininfluenti le testimonianze delle amiche di E.. Secondo il ricorrente in via incidentale, un'eventuale dichiarazione circa la propria volontà a non essere mantenuti in vita durante lo stato vegetativo permanente non può che essere formulata ex ante, da chi si trovi ancora in piena salute e perfettamente in grado di comprendere e di volere, non avendo alcuna rilevanza il fatto che la ragazza, allora, fosse in giovane età. Non sarebbe condivisibile il giudizio della Corte d'appello secondo cui le determinazioni di E. avrebbero avuto valore solo nell'attualità della malattia.

3. – Il ricorso principale ed il ricorso incidentale devono essere riuniti, ai sensi dell'art. 335 cod. proc. civ., essendo entrambe le impugnazioni proposte contro lo stesso decreto.

4. – Trattandosi dell'impugnazione di un provvedimento depositato il 16 dicembre 2006 - quindi nella vigenza del d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 (Modifiche al codice di procedura civile in materia di processo di cassazione in funzione nomofilattica e di arbitrato, a norma dell'articolo 1, comma 2, della legge 14 maggio 2005, n. 80), in base alla disciplina transitoria recata dall'art. 27, comma 2 - il ricorso per cassazione per violazione di legge comprende la possibilità di dedurre, altresì, il vizio di omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio, ai sensi del novellato art. 360 cod. proc. civ.

Le proposte impugnazioni vanno pertanto scrutinate anche là dove prospettano il vizio di cui al numero 5 del citato art. 360 cod. proc. civ.

5. – I motivi in cui si articolano il ricorso principale ed il ricorso incidentale, stante la loro stretta connessione, possono essere esaminati congiuntamente.

Essi investono la Corte - oltre che del quesito se la terapia praticata sul corpo di E. E., consistente nell'alimentazione e nella idratazione artificiali mediante sondino nasogastrico, possa qualificarsi come una forma di accanimento terapeutico, sull'asserito rilievo che si verserebbe in fattispecie di trattamento invasivo della persona, senza alcun beneficio od utilità per la paziente che vada oltre il prolungamento forzoso della vita, perché oggettivamente finalizzato a preservarne una pura funzionalità meccanica e biologica - anche della questione se ed in che limiti, nella situazione data, possa essere interrotta quella somministrazione, ove la richiesta al riguardo presentata dal tutore corrisponda alle opinioni a suo tempo espresse da E. su situazioni prossime a quella in cui ella stessa è venuta, poi, a trovarsi e, più in generale, ai di lei convincimenti sul significato della dignità della persona.

Quest'ultima questione è preliminare in ordine logico. Dall'esame di essa, pertanto, conviene prendere le mosse.

6. – Occorre premettere che il consenso informato costituisce, di norma, legittimazione e fondamento del trattamento sanitario: senza il consenso informato l'intervento del medico è sicuramente illecito, anche quando è nell'interesse del paziente; la pratica del consenso libero e informato rappresenta una forma di rispetto per la libertà dell'individuo e un mezzo per il perseguimento dei suoi migliori interessi.

Il principio del consenso informato – il quale esprime una scelta di valore nel modo di concepire il rapporto tra medico e paziente, nel senso che detto rapporto appare fondato prima sui diritti del paziente e sulla sua libertà di autodeterminazione terapeutica che sui doveri del medico – ha un sicuro fondamento nelle norme della Costituzione: nell'art. 2, che tutela e promuove i diritti fondamentali della persona umana, della sua identità e dignità; nell'art. 13, che proclama l'inviolabilità della libertà personale, nella quale “è postulata la sfera di esplicazione del potere della persona di disporre del proprio corpo” (Corte cost., sentenza n. 471 del 1990); e nell'art. 32, che tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo, oltre che come interesse della collettività, e prevede la possibilità di trattamenti sanitari obbligatori, ma li assoggetta ad una riserva di legge, qualificata dal necessario rispetto della persona umana e ulteriormente specificata con l'esigenza che si prevedano ad opera del legislatore tutte le cautele preventive possibili, atte ad evitare il rischio di complicanze.

Nella legislazione ordinaria, il principio del consenso informato alla base del rapporto tra medico e paziente è enunciato in numerose leggi speciali, a partire dalla legge istitutiva del Servizio sanitario nazionale (legge 23 dicembre 1978, n. 833), la quale, dopo avere premesso, all'art. 1, che «La tutela della salute fisica e psichica deve avvenire nel rispetto della dignità e della libertà della persona umana», sancisce, all'art. 33, il carattere di norma volontario degli accertamenti e dei trattamenti sanitari.

A livello di fonti sopranazionali, il medesimo principio trova riconoscimento nella Convenzione del Consiglio d'Europa sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, fatta a Oviedo il 4 aprile 1997, resa esecutiva con la legge di autorizzazione alla ratifica 28 marzo 2001, n. 145, la quale, all'art. 5, pone la seguente “regola generale” (secondo la rubrica della disposizione): «Une intervention dans le domaine de la santé ne peut être effectuée qu'après que la personne concernée y a donné son consentement libre et éclairé».

Dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, adottata a Nizza il 7 dicembre 2000, si evince come il consenso libero e informato del paziente all'atto medico vada considerato, non soltanto sotto il profilo della liceità del trattamento, ma prima di tutto come un vero e proprio diritto fondamentale del cittadino europeo, afferente al più generale diritto all'integrità della persona (Capo I, Dignità; art. 3, Diritto all'integrità della persona).

Nel codice di deontologia medica del 2006 si ribadisce (art. 35) che «Il medico non deve intraprendere attività diagnostica e/o terapeutica senza l'acquisizione del consenso esplicito e informato del paziente».

Il principio del consenso informato è ben saldo nella giurisprudenza di questa Corte.

Nelle sentenze della III Sezione civile 25 gennaio 1994, n. 10014, e 15 gennaio 1997, n. 364, si afferma che dall'autolegittimazione dell'attività medica non può trarsi la convinzione che il medico possa, di regola ed al di fuori di taluni casi eccezionali (allorché il paziente non sia in grado, per le sue condizioni, di prestare un qualsiasi consenso o dissenso, ovvero, più in generale, ove sussistano le condizioni dello stato di necessità di cui all'art. 54 cod. pen.), intervenire senza il consenso o malgrado il

dissenso del paziente. Più di recente, Cass. civ., Sez. III, 14 marzo 2006, n. 5444, ha precisato che “la correttezza o meno del trattamento non assume alcun rilievo ai fini della sussistenza dell’illecito per violazione del consenso informato, essendo del tutto indifferente ai fini della configurazione della condotta omissiva dannosa e dell’ingiustizia del danno, la quale sussiste per la semplice ragione che il paziente, a causa del deficit di informazione, non è stato messo in condizione di assentire al trattamento sanitario con una volontà consapevole delle sue implicazioni”: il trattamento eseguito senza previa prestazione di un valido consenso è in violazione “tanto dell’art. 32, secondo comma, della Costituzione, quanto dell’art. 13 della Costituzione e dell’art. 33 della legge n. 833 del 1978, donde la lesione della situazione giuridica del paziente inerente alla salute ed all’integrità fisica”. “La legittimità di per sé dell’attività medica – ribadisce Cass. pen., Sez. IV, 11 luglio 2001-3 ottobre 2001 – richiede per la sua validità e concreta liceità, in principio, la manifestazione del consenso del paziente, il quale costituisce un presupposto di liceità del trattamento medico-chirurgico. Il consenso afferisce alla libertà morale del soggetto ed alla sua autodeterminazione, nonché alla sua libertà fisica intesa come diritto al rispetto della propria integrità corporea, le quali sono tutte profili della libertà personale proclamata inviolabile dall’art. 13 Cost. Ne discende che non è attribuibile al medico un generale “diritto di curare”, a fronte del quale non avrebbe alcun rilievo la volontà dell’ammalato che si troverebbe in una posizione di “soggezione” su cui il medico potrebbe ad libitum intervenire, con il solo limite della propria coscienza; appare, invece, aderente ai principi dell’ordinamento riconoscere al medico la facoltà o la potestà di curare, situazioni soggettive, queste, derivanti dall’abilitazione all’esercizio della professione sanitaria, le quali, tuttavia, per potersi estrinsecare abbisognano, di regola, del consenso della persona che al trattamento sanitario deve sottoporsi”.

6.1. – Il consenso informato ha come correlato la facoltà non solo di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma anche di eventualmente rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale.

Ciò è conforme al principio personalistico che anima la nostra Costituzione, la quale vede nella persona umana un valore etico in sé, vieta ogni strumentalizzazione della medesima per alcun fine eteronomo ed assorbente, concepisce l’intervento solidaristico e sociale in funzione della persona e del suo sviluppo e non viceversa, e guarda al limite del «rispetto della persona umana» in riferimento al singolo individuo, in qualsiasi momento della sua vita e nell’integralità della sua persona, in considerazione del fascio di convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni volitive.

Ed è altresì coerente con la nuova dimensione che ha assunto la salute, non più intesa come semplice assenza di malattia, ma come stato di completo benessere fisico e psichico, e quindi coinvolgente, in relazione alla percezione che ciascuno ha di sé, anche gli aspetti interiori della vita come avvertiti e vissuti dal soggetto nella sua esperienza.

Deve escludersi che il diritto alla autodeterminazione terapeutica del paziente incontri un limite allorché da esso consegua il sacrificio del bene della vita.

Benché sia stato talora prospettato un obbligo per l’individuo di attivarsi a vantaggio della propria salute o un divieto di rifiutare trattamenti o di omettere comportamenti ritenuti vantaggiosi o addirittura necessari per il mantenimento o il ristabilimento di essa, il Collegio ritiene che la salute dell’individuo non possa essere oggetto di imposizione autoritativo-coattiva. Di fronte al rifiuto della cura da parte del

diretto interessato, c'è spazio – nel quadro dell'“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. Ma allorché il rifiuto abbia tali connotati non c'è possibilità di disattenderlo in nome di un dovere di curarsi come principio di ordine pubblico.

Lo si ricava dallo stesso testo dell'art. 32 della Costituzione, per il quale i trattamenti sanitari sono obbligatori nei soli casi espressamente previsti dalla legge, sempre che il provvedimento che li impone sia volto ad impedire che la salute del singolo possa arrecare danno alla salute degli altri e che l'intervento previsto non danneggi, ma sia anzi utile alla salute di chi vi è sottoposto (Corte cost., sentenze n. 258 del 1994 e n. 118 del 1996).

Soltanto in questi limiti è costituzionalmente corretto ammettere limitazioni al diritto del singolo alla salute, il quale, come tutti i diritti di libertà, implica la tutela del suo risvolto negativo: il diritto di perdere la salute, di ammalarsi, di non curarsi, di vivere le fasi finali della propria esistenza secondo canoni di dignità umana propri dell'interessato, finanche di lasciarsi morire.

Il rifiuto delle terapie medico-chirurgiche, anche quando conduce alla morte, non può essere scambiato per un'ipotesi di eutanasia, ossia per un comportamento che intende abbreviare la vita, causando positivamente la morte, esprimendo piuttosto tale rifiuto un atteggiamento di scelta, da parte del malato, che la malattia segua il suo corso naturale. E d'altra parte occorre ribadire che la responsabilità del medico per omessa cura sussiste in quanto esista per il medesimo l'obbligo giuridico di praticare o continuare la terapia e cessa quando tale obbligo viene meno: e l'obbligo, fondandosi sul consenso del malato, cessa – insorgendo il dovere giuridico del medico di rispettare la volontà del paziente contraria alle cure – quando il consenso viene meno in seguito al rifiuto delle terapie da parte di costui.

Tale orientamento, prevalente negli indirizzi della dottrina, anche costituzionalistica, è già presente nella giurisprudenza di questa Corte.

La sentenza della I Sezione penale 29 maggio 2002-11 luglio 2002 afferma che, “in presenza di una determinazione autentica e genuina” dell'interessato nel senso del rifiuto della cura, il medico “non può che fermarsi, ancorché l'omissione dell'intervento terapeutico possa cagionare il pericolo di un aggravamento dello stato di salute dell'infermo e, persino, la sua morte”. Si tratta evidentemente – si precisa nella citata pronuncia – di ipotesi estreme, “che nella pratica raramente è dato di registrare, se non altro perché chi versa in pericolo di vita o di danno grave alla persona, a causa dell'inevitabile turbamento della coscienza generato dalla malattia, difficilmente è in grado di manifestare liberamente il suo intendimento”: “ma se così non è, il medico che abbia adempiuto il suo obbligo morale e professionale di mettere in grado il paziente di compiere la sua scelta e abbia verificato la libertà della scelta medesima, non può essere chiamato a rispondere di nulla, giacché di fronte ad un comportamento nel quale si manifesta l'esercizio di un vero e proprio diritto, la sua astensione da qualsiasi iniziativa di segno contrario diviene doverosa, potendo, diversamente, configurarsi a suo carico persino gli estremi di un reato”.

La soluzione, tratta dai principi costituzionali, relativa al rifiuto di cure ed al dovere del medico di astenersi da ogni attività diagnostica o terapeutica se manchi il consenso del paziente, anche se tale astensione possa provocare la morte, trova

conferma nelle prescrizioni del codice di deontologia medica: ai sensi del citato art. 35, «in presenza di documentato rifiuto di persona capace», il medico deve «in ogni caso» «desistere dai conseguenti atti diagnostici e/o curativi, non essendo consentito alcun trattamento medico contro la volontà della persona». Inoltre tale soluzione è legislativamente sancita in altri ordinamenti europei. Significativo in questa direzione è l'art. 1111-10 del code de la santé publique francese, inserito dalla legge n. 2005-370 del 22 aprile 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie, a tenore del quale «Lorsqu'une personne, en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable, quelle qu'en soit la cause, décide de limiter ou d'arrêter tout traitement, le médecin respecte sa volonté après l'avoir informée des conséquences de son choix. La décision du malade est inscrite dans son dossier médical».

Né la configurabilità di un dovere dell'individuo alla salute, comportante il dovere del paziente di non rifiutare cure e terapie che consentano il mantenimento in vita, può ricavarsi dalla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo 29 aprile 2002, nel caso *Pretty c. Regno Unito*. La Corte di Strasburgo afferma che l'art. 2 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali protegge il diritto alla vita, senza il quale il godimento di ciascuno degli altri diritti o libertà contenuto nella Convenzione diventa inutile, precisando che tale disposizione, per un verso, non può, senza che ne venga distorta la lettera, essere interpretata nel senso che essa attribuisca il diritto diametralmente opposto, cioè un diritto di morire, né, per l'altro verso, può creare un diritto di autodeterminazione nel senso di attribuire a un individuo la facoltà di scegliere la morte piuttosto che la vita. Siffatto principio – che il Collegio condivide pienamente e fa proprio – è utilizzato dalla Corte di Strasburgo non già per negare l'ammissibilità del rifiuto di cure da parte dell'interessato, ma per giudicare non lesivo del diritto alla vita il divieto penalmente sanzionato di suicidio assistito previsto dalla legislazione nazionale inglese ed il rifiuto, da parte del Director of Public Prosecutions, di garantire l'immunità dalle conseguenze penali al marito di una donna paralizzata e affetta da malattia degenerativa e incurabile, desiderosa di morire, nel caso in cui quest'ultimo le presti aiuto nel commettere suicidio. Coerentemente con tale impostazione, la stessa sentenza della Corte europea ha cura di sottolineare: che, in campo sanitario, il rifiuto di accettare un particolare trattamento potrebbe, inevitabilmente, condurre ad un esito fatale, e tuttavia l'imposizione di un trattamento medico senza il consenso di un paziente adulto e mentalmente consapevole interferirebbe con l'integrità fisica di una persona in maniera tale da poter coinvolgere i diritti protetti dall'art. 8.1 della Convenzione (diritto alla vita privata); e che una persona potrebbe pretendere di esercitare la scelta di morire rifiutandosi di acconsentire ad un trattamento potenzialmente idoneo a prolungare la vita.

Analogamente, secondo la sentenza 26 giugno 1997 della Corte Suprema degli Stati Uniti, nel caso *Vacco e altri c. Quill e altri*, ciascuno, a prescindere dalla condizione fisica, è autorizzato, se capace, a rifiutare un trattamento indesiderato per il mantenimento in vita, mentre a nessuno è permesso di prestare assistenza nel suicidio: il diritto di rifiutare i trattamenti sanitari si fonda sulla premessa dell'esistenza, non di un diritto generale ed astratto ad accelerare la morte, ma del diritto all'integrità del corpo e a non subire interventi invasivi indesiderati.

7. – Il quadro compositivo dei valori in gioco fin qui descritto, essenzialmente fondato sulla libera disponibilità del bene salute da parte del diretto interessato nel possesso delle sue capacità di intendere e di volere, si presenta in modo diverso quando il soggetto adulto non è in grado di manifestare la propria volontà a causa del suo stato di totale incapacità e non abbia, prima di cadere in tale condizione,

allorché era nel pieno possesso delle sue facoltà mentali, specificamente indicato, attraverso dichiarazioni di volontà anticipate, quali terapie egli avrebbe desiderato ricevere e quali invece avrebbe inteso rifiutare nel caso in cui fosse venuto a trovarsi in uno stato di incoscienza.

Anche in tale situazione, pur a fronte dell'attuale carenza di una specifica disciplina legislativa, il valore primario ed assoluto dei diritti coinvolti esige una loro immediata tutela ed impone al giudice una delicata opera di ricostruzione della regola di giudizio nel quadro dei principi costituzionali (cfr. Corte cost., sentenza n. 347 del 1998, punto n. 4 del Considerato in diritto).

7.1. – Risulta pacificamente dagli atti di causa che nella indicata situazione si trova E. E., la quale giace in stato vegetativo persistente e permanente a seguito di un grave trauma cranico-encefalico riportato a seguito di un incidente stradale (occorso quando era ventenne), e non ha predisposto, quando era in possesso della capacità di intendere e di volere, alcuna dichiarazione anticipata di trattamento.

Questa condizione clinica perdura invariata dal gennaio 1992.

In ragione del suo stato, E., pur essendo in grado di respirare spontaneamente, e pur conservando le funzioni cardiovascolari, gastrointestinali e renali, è radicalmente incapace di vivere esperienze cognitive ed emotive, e quindi di avere alcun contatto con l'ambiente esterno: i suoi riflessi del tronco e spinali persistono, ma non vi è in lei alcun segno di attività psichica e di partecipazione all'ambiente, né vi è alcuna capacità di risposta comportamentale volontaria agli stimoli sensoriali esterni (visivi, uditivi, tattili, dolorifici), le sue uniche attività motorie riflesse consistendo in una redistribuzione del tono muscolare.

La sopravvivenza fisica di E., che versa in uno stato stabile ma non progressivo, è assicurata attraverso l'alimentazione e l'idratazione artificiali somministrate attraverso un sondino nasogastrico.

E. è stata interdetta ed il padre è stato nominato tutore.

7.2. – In caso di incapacità del paziente, la doverosità medica trova il proprio fondamento legittimante nei principi costituzionali di ispirazione solidaristica, che consentono ed impongono l'effettuazione di quegli interventi urgenti che risultino nel miglior interesse terapeutico del paziente.

E tuttavia, anche in siffatte evenienze, superata l'urgenza dell'intervento derivante dallo stato di necessità, l'istanza personalistica alla base del principio del consenso informato ed il principio di parità di trattamento tra gli individui, a prescindere dal loro stato di capacità, impongono di ricreare il dualismo dei soggetti nel processo di elaborazione della decisione medica: tra medico che deve informare in ordine alla diagnosi e alle possibilità terapeutiche, e paziente che, attraverso il legale rappresentante, possa accettare o rifiutare i trattamenti prospettati.

Centrale, in questa direzione, è la disposizione dell'art. 357 cod. civ., la quale – letta in connessione con l'art. 424 cod. civ. –, prevede che «Il tutore ha la cura della persona» dell'interdetto, così investendo il tutore della legittima posizione di soggetto interlocutore dei medici nel decidere sui trattamenti sanitari da praticare in favore dell'incapace. Poteri di cura del disabile spettano altresì alla persona che sia stata nominata amministratore di sostegno (artt. 404 e ss. cod. civ., introdotti dalla legge 9 gennaio 2004, n. 6), dovendo il decreto di nomina contenere l'indicazione degli atti che questa è legittimata a compiere a tutela degli interessi di natura anche personale del beneficiario (art. 405, quarto comma, cod. civ.).

A conferma di tale lettura delle norme del codice può richiamarsi la sentenza 18 dicembre 1989, n. 5652, di questa Sezione, con la quale si è statuito che, in tema di

interdizione, l'incapacità di provvedere ai propri interessi, di cui all'art. 414 cod. civ., va riguardata anche sotto il profilo della protezione degli interessi non patrimoniali, potendosi avere ipotesi di assoluta necessità di sostituzione della volontà del soggetto con quella della persona nominata tutore pure in assenza di patrimoni da proteggere. Ciò avviene – è la stessa sentenza a precisarlo – nel caso del soggetto “la cui sopravvivenza è messa in pericolo da un suo rifiuto (determinato da infermità psichica) ad interventi esterni di assistenza quali il ricovero in luogo sicuro e salubre od anche il ricovero in ospedale” per trattamenti sanitari: qui il ricorso all' (allora unico istituto dell') interdizione è giustificato in vista dell'esigenza di sostituire il soggetto deputato a esprimere la volontà in ordine al trattamento proposto. E, sempre nella medesima direzione, possono ricordarsi le prime applicazioni dei giudici di merito con riguardo al limitrofo istituto dell'amministratore di sostegno, talora utilizzato, in campo medico-sanitario, per assecondare l'esercizio dell'autonomia e consentire la manifestazione di una volontà autentica là dove lo stato di decadimento cognitivo impedisca di esprimere un consenso realmente consapevole.

È soprattutto il tessuto normativo a recare significative disposizioni sulla rappresentanza legale in ordine alle cure e ai trattamenti sanitari.

Secondo l'art. 4 del d.lgs. 24 giugno 2003, n. 211 (Attuazione della direttiva 2001/20/CE relativa all'applicazione della buona pratica clinica nell'esecuzione delle sperimentazioni cliniche di medicinali per uso clinico), la sperimentazione clinica degli adulti incapaci che non hanno dato o non hanno rifiutato il loro consenso informato prima che insorgesse l'incapacità, è possibile a condizione, tra l'altro, che «sia stato ottenuto il consenso informato del legale rappresentante»: un consenso – prosegue la norma – che «deve rappresentare la presunta volontà del soggetto».

Ancora, l'art. 13 della legge sulla tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza (legge 22 maggio 1978, n. 194), disciplinando il caso della donna interdetta per infermità di mente, dispone: che la richiesta di interruzione volontaria della gravidanza, sia entro i primi novanta giorni che trascorso tale periodo, può essere presentata, oltre che dalla donna personalmente, anche dal tutore; che nel caso di richiesta avanzata dall'interdetta deve essere sentito il parere del tutore; che la richiesta formulata dal tutore deve essere confermata dalla donna.

Più direttamente – e con una norma che, essendo relativa a tutti i trattamenti sanitari, esibisce il carattere della regola generale – l'art. 6 della citata Convenzione di Oviedo – rubricato *Protection des personnes n'ayant la capacité de consentir* – prevede che «Lorsque, selon la loi, un majeur n'a pas, en raison d'un handicap mental, d'une maladie ou pour un motif similaire, la capacité de consentir à une intervention, celle-ci ne peut être effectuée sans l'autorisation de son représentant, d'une autorité ou d'une personne ou instance désignée par la loi», precisando che «une intervention ne peut être effectuée sur une personne n'ayant pas la capacité de consentir, que pour son bénéfice direct». E – come esplicita il rapporto esplicativo alla Convenzione – quando utilizza l'espressione «pour un motif similaire», il citato art. 6 si riferisce alle situazioni, quali, ad esempio, gli stati comatosi, in cui il paziente è incapace di formulare i suoi desideri o di comunicarli.

Ora, è noto che, sebbene il Parlamento ne abbia autorizzato la ratifica con la legge 28 marzo 2001, n. 145, la Convenzione di Oviedo non è stata a tutt'oggi ratificata dallo Stato italiano. Ma da ciò non consegue che la Convenzione sia priva di alcun effetto nel nostro ordinamento. Difatti, all'accordo valido sul piano internazionale, ma non ancora eseguito all'interno dello Stato, può assegnarsi – tanto più dopo la legge parlamentare di autorizzazione alla ratifica – una funzione ausiliaria sul piano

interpretativo: esso dovrà cedere di fronte a norme interne contrarie, ma può e deve essere utilizzato nell'interpretazione di norme interne al fine di dare a queste una lettura il più possibile ad esso conforme. Del resto, la Corte costituzionale, nell'ammettere le richieste di referendum su alcune norme della legge 19 febbraio 2004, n. 40, concernente la procreazione medicalmente assistita, ha precisato che l'eventuale vuoto conseguente al referendum non si sarebbe posto in alcun modo in contrasto con i principi posti dalla Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997, recepiti nel nostro ordinamento con la legge 28 marzo 2001, n. 145 (Corte cost., sentenze n. 46, 47, 48 e 49 del 2005): con ciò implicitamente confermando che i principi da essa posti fanno già oggi parte del sistema e che da essi non si può prescindere.

7.3. - Assodato che i doveri di cura della persona in capo al tutore si sostanziano nel prestare il consenso informato al trattamento medico avente come destinatario la persona in stato di incapacità, si tratta di stabilire i limiti dell'intervento del rappresentante legale.

Tali limiti sono connaturati al fatto che la salute è un diritto personalissimo e che – come questa Corte ha precisato nell'ordinanza 20 aprile 2005, n. 8291 – la libertà di rifiutare le cure “presuppone il ricorso a valutazioni della vita e della morte, che trovano il loro fondamento in concezioni di natura etica o religiosa, e comunque (anche) extragiuridiche, quindi squisitamente soggettive”.

Ad avviso del Collegio, il carattere personalissimo del diritto alla salute dell'incapace comporta che il riferimento all'istituto della rappresentanza legale non trasferisce sul tutore, il quale è investito di una funzione di diritto privato, un potere incondizionato di disporre della salute della persona in stato di totale e permanente incoscienza. Nel consentire al trattamento medico o nel dissentire dalla prosecuzione dello stesso sulla persona dell'incapace, la rappresentanza del tutore è sottoposta a un duplice ordine di vincoli: egli deve, innanzitutto, agire nell'esclusivo interesse dell'incapace; e, nella ricerca del best interest, deve decidere non “al posto” dell'incapace né “per” l'incapace, ma “con” l'incapace: quindi, ricostruendo la presunta volontà del paziente incosciente, già adulto prima di cadere in tale stato, tenendo conto dei desideri da lui espressi prima della perdita della coscienza, ovvero inferendo quella volontà dalla sua personalità, dal suo stile di vita, dalle sue inclinazioni, dai suoi valori di riferimento e dalle sue convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche.

L'uno e l'altro vincolo al potere rappresentativo del tutore hanno, come si è visto, un preciso referente normativo: il primo nell'art. 6 della Convenzione di Oviedo, che impone di correlare al «*bénéfice direct*» dell'interessato la scelta terapeutica effettuata dal rappresentante; l'altro nell'art. 5 del d.lgs. n. 211 del 2003, ai cui sensi il consenso del rappresentante legale alla sperimentazione clinica deve corrispondere alla presunta volontà dell'adulto incapace.

Non v'è dubbio che la scelta del tutore deve essere a garanzia del soggetto incapace, e quindi rivolta, oggettivamente, a preservarne e a tutelarne la vita.

Ma, al contempo, il tutore non può nemmeno trascurare l'idea di dignità della persona dallo stesso rappresentato manifestata, prima di cadere in stato di incapacità, dinanzi ai problemi della vita e della morte.

7.4. – Questa attenzione alle peculiari circostanze del caso concreto e, soprattutto, ai convincenti espressioni dal diretto interessato quando era in condizioni di capacità, è costante, sia pure nella diversità dei percorsi argomentativi seguiti, nelle decisioni adottate in altri ordinamenti dalle Corti nelle controversie in ordine alla sospensione delle cure (ed anche dell'alimentazione e idratazione artificiali) per malati in stato vegetativo permanente, in situazioni di mancanza di testamenti di vita.

Nel leading case in re Quinlan, la Corte Suprema del New Jersey, nella sentenza 31 marzo 1976, adotta la dottrina – seguita dalla stessa Corte nella sentenza 24 giugno 1987, in re Nancy Ellen Jobses – del substituted judgement test, sul rilievo che questo approccio è inteso ad assicurare che chi decide in luogo dell'interessato prenda, per quanto possibile, la decisione che il paziente incapace avrebbe preso se capace. Allorché i desideri di un capace non siano chiaramente espressi, colui che decide in sua vece deve adottare come linea di orientamento il personale sistema di vita del paziente: il sostituto deve considerare le dichiarazioni precedenti del paziente in merito e le sue reazioni dinanzi ai problemi medici, ed ancora tutti gli aspetti della personalità del paziente familiari al sostituto, ovviamente con riguardo, in particolare, ai suoi valori di ordine filosofico, teologico ed etico, tutto ciò al fine di individuare il tipo di trattamento medico che il paziente prediligerebbe.

Nella sentenza 25 giugno 1990 nel caso Cruzan, la Corte Suprema degli Stati Uniti statuisce che la Costituzione degli USA non proibisce allo Stato del Missouri di stabilire “a procedural safeguard to assure that the action of the surrogate conforms as best it may to the wishes expressed by the patient while competent”.

Nella sentenza 17 marzo 2003, il Bundesgerichtshof – dopo avere premesso che se un paziente non è capace di prestare il consenso e la sua malattia ha iniziato un decorso mortale irreversibile, devono essere evitate misure atte a prolungargli la vita o a mantenerlo in vita qualora tali cure siano contrarie alla sua volontà espressa in precedenza sotto forma di cosiddetta disposizione del paziente (e ciò in considerazione del fatto che la dignità dell'essere umano impone di rispettare il suo diritto di autodeterminarsi, esercitato in situazione di capacità di esprimere il suo consenso, anche nel momento in cui questi non è più in grado di prendere decisioni consapevoli) – afferma che, allorché non è possibile accertare tale chiara volontà del paziente, si può valutare l'ammissibilità di tali misure secondo la presunta volontà del paziente, la quale deve, quindi, essere identificata, di volta in volta, anche sulla base delle decisioni del paziente stesso in merito alla sua vita, ai suoi valori e alle sue convinzioni.

Nel caso Bland, l'House of Lords 4 febbraio 1993, utilizzando la diversa tecnica del best interest, perviene alla conclusione (particolarmente articolata nel parere di Lord Goff of Chieveley) secondo cui, in assenza di trattamenti autenticamente curativi, e data l'impossibilità di recupero della coscienza, è contrario al miglior interesse del paziente protrarre la nutrizione e l'idratazione artificiali, ritenute trattamenti invasivi ingiustificati della sua sfera corporea.

7.5. – Chi versa in stato vegetativo permanente è, a tutti gli effetti, persona in senso pieno, che deve essere rispettata e tutelata nei suoi diritti fondamentali, a partire dal diritto alla vita e dal diritto alle prestazioni sanitarie, a maggior ragione perché in condizioni di estrema debolezza e non in grado di provvedervi autonomamente.

La tragicità estrema di tale stato patologico – che è parte costitutiva della biografia del malato e che nulla toglie alla sua dignità di essere umano – non giustifica in alcun modo un affievolimento delle cure e del sostegno solidale, che il Servizio sanitario deve continuare ad offrire e che il malato, al pari di ogni altro appartenente al consorzio umano, ha diritto di pretendere fino al sopraggiungere della morte. La comunità deve mettere a disposizione di chi ne ha bisogno e lo richiede tutte le migliori cure e i presidi che la scienza medica è in grado di apprestare per affrontare la lotta per restare in vita, a prescindere da quanto la vita sia precaria e da quanta speranza vi sia di recuperare le funzioni cognitive. Lo reclamano tanto l'idea di una universale eguaglianza tra gli esseri umani quanto l'altrettanto universale dovere di solidarietà nei confronti di coloro che, tra essi, sono i soggetti più fragili.

Ma – accanto a chi ritiene che sia nel proprio miglior interesse essere tenuto in vita artificialmente il più a lungo possibile, anche privo di coscienza – c'è chi, legando indissolubilmente la propria dignità alla vita di esperienza e questa alla coscienza, ritiene che sia assolutamente contrario ai propri convincimenti sopravvivere indefinitamente in una condizione di vita priva della percezione del mondo esterno.

Uno Stato, come il nostro, organizzato, per fondamentali scelte vergate nella Carta costituzionale, sul pluralismo dei valori, e che mette al centro del rapporto tra paziente e medico il principio di autodeterminazione e la libertà di scelta, non può che rispettare anche quest'ultima scelta.

All'individuo che, prima di cadere nello stato di totale ed assoluta incoscienza, tipica dello stato vegetativo permanente, abbia manifestato, in forma espressa o anche attraverso i propri convincimenti, il proprio stile di vita e i valori di riferimento, l'inaccettabilità per sé dell'idea di un corpo destinato, grazie a terapie mediche, a sopravvivere alla mente, l'ordinamento dà la possibilità di far sentire la propria voce in merito alla disattivazione di quel trattamento attraverso il rappresentante legale.

Ad avviso del Collegio, la funzionalizzazione del potere di rappresentanza, dovendo esso essere orientato alla tutela del diritto alla vita del rappresentato, consente di giungere ad una interruzione delle cure soltanto in casi estremi: quando la condizione di stato vegetativo sia, in base ad un rigoroso apprezzamento clinico, irreversibile e non vi sia alcun fondamento medico, secondo gli standard scientifici riconosciuti a livello internazionale, che lasci supporre che la persona abbia la benché minima possibilità di un qualche, sia pure flebile, recupero della coscienza e di ritorno ad una vita fatta anche di percezione del mondo esterno; e sempre che tale condizione – tenendo conto della volontà espressa dall'interessato prima di cadere in tale stato ovvero dei valori di riferimento e delle convinzioni dello stesso – sia incompatibile con la rappresentazione di sé sulla quale egli aveva costruito la sua vita fino a quel momento e sia contraria al di lui modo di intendere la dignità della persona.

Per altro verso, la ricerca della presunta volontà della persona in stato di incoscienza – ricostruita, alla stregua di chiari, univoci e convincenti elementi di prova, non solo alla luce dei precedenti desideri e dichiarazioni dell'interessato, ma anche sulla base dello stile e del carattere della sua vita, del suo senso dell'integrità e dei suoi interessi critici e di esperienza – assicura che la scelta in questione non sia espressione del giudizio sulla qualità della vita proprio del rappresentante, ancorché appartenente alla stessa cerchia familiare del rappresentato, e che non sia in alcun modo condizionata dalla particolare gravosità della situazione, ma sia rivolta, esclusivamente, a dare sostanza e coerenza all'identità complessiva del paziente e al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona. Il tutore ha quindi il compito di completare questa identità complessiva della vita del paziente, ricostruendo la decisione ipotetica che egli avrebbe assunto ove fosse stato capace; e, in questo compito, umano prima che giuridico, non deve ignorare il passato dello stesso malato, onde far emergere e rappresentare al giudice la sua autentica e più genuina voce.

Da quanto sopra deriva che, in una situazione cronica di oggettiva irreversibilità del quadro clinico di perdita assoluta della coscienza, può essere dato corso, come estremo gesto di rispetto dell'autonomia del malato in stato vegetativo permanente, alla richiesta, proveniente dal tutore che lo rappresenta, di interruzione del trattamento medico che lo tiene artificialmente in vita, allorché quella condizione, caratterizzante detto stato, di assenza di sentimento e di esperienza, di relazione e di conoscenza – proprio muovendo dalla volontà espressa prima di cadere in tale stato e tenendo

conto dei valori e delle convinzioni propri della persona in stato di incapacità – si appalesi, in mancanza di qualsivoglia prospettiva di regressione della patologia, lesiva del suo modo di intendere la dignità della vita e la sofferenza nella vita.

7.6. - Non v'è dubbio che l'idratazione e l'alimentazione artificiali con sondino nasogastrico costituiscono un trattamento sanitario. Esse, infatti, integrano un trattamento che sottende un sapere scientifico, che è posto in essere da medici, anche se poi proseguito da non medici, e consiste nella somministrazione di preparati come composto chimico implicant procedure tecnologiche. Siffatta qualificazione è, del resto, convalidata dalla comunità scientifica internazionale; trova il sostegno della giurisprudenza nel caso Cruzan e nel caso Bland; si allinea, infine, agli orientamenti della giurisprudenza costituzionale, la quale ricomprende il prelievo ematico – anch'esso "pratica medica di ordinaria amministrazione" – tra le misure di "restrizione della libertà personale quando se ne renda necessaria la esecuzione coattiva perché la persona sottoposta all'esame peritale non acconsente spontaneamente al prelievo" (sentenza n. 238 del 1996).

8. – Diversamente da quanto mostrano di ritenere i ricorrenti, al giudice non può essere richiesto di ordinare il distacco del sondino nasogastrico: una pretesa di tal fatta non è configurabile di fronte ad un trattamento sanitario, come quello di specie, che, in sé, non costituisce oggettivamente una forma di accanimento terapeutico, e che rappresenta, piuttosto, un presidio proporzionato rivolto al mantenimento del soffio vitale, salvo che, nell'imminenza della morte, l'organismo non sia più in grado di assimilare le sostanze fornite o che sopraggiunga uno stato di intolleranza, clinicamente rilevabile, collegato alla particolare forma di alimentazione.

Piuttosto, l'intervento del giudice esprime una forma di controllo della legittimità della scelta nell'interesse dell'incapace; e, all'esito di un giudizio effettuato secondo la logica orizzontale compositiva della ragionevolezza, la quale postula un ineliminabile riferimento alle circostanze del caso concreto, si estrinseca nell'autorizzare o meno la scelta compiuta dal tutore.

Sulla base delle considerazioni che precedono, la decisione del giudice, dato il coinvolgimento nella vicenda del diritto alla vita come bene supremo, può essere nel senso dell'autorizzazione soltanto (a) quando la condizione di stato vegetativo sia, in base ad un rigoroso apprezzamento clinico, irreversibile e non vi sia alcun fondamento medico, secondo gli standard scientifici riconosciuti a livello internazionale, che lasci supporre che la persona abbia la benché minima possibilità di un qualche, sia pure flebile, recupero della coscienza e di ritorno ad una percezione del mondo esterno; e (b) sempre che tale istanza sia realmente espressiva, in base ad elementi di prova chiari, concordanti e convincenti, della voce del rappresentato, tratta dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti, corrispondendo al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona.

Allorché l'una o l'altra condizione manchi, il giudice deve negare l'autorizzazione, dovendo allora essere data incondizionata prevalenza al diritto alla vita, indipendentemente dal grado di salute, di autonomia e di capacità di intendere e di volere del soggetto interessato, dalla percezione, che altri possano avere, della qualità della vita stessa, nonché dalla mera logica utilitaristica dei costi e dei benefici.

9. – Nei limiti appena tratteggiati, il decreto impugnato non si sottrae alle censure dei ricorrenti.

Esso ha omesso di ricostruire la presunta volontà di E. e di dare rilievo ai desideri da lei precedentemente espressi, alla sua personalità, al suo stile di vita e ai suoi più intimi convincimenti.

Sotto questo profilo, la Corte territoriale – a fronte dell'indagine istruttoria, nella quale è stato appurato, per testi, che E., esprimendosi su una situazione prossima a quella in cui ella stessa sarebbe venuta, poi, a trovarsi, aveva manifestato l'opinione che sarebbe stato per lei preferibile morire piuttosto che vivere artificialmente in una situazione di coma – si è limitata a osservare che quei convincimenti, manifestatisi in un tempo lontano, quando ancora E. era in piena salute, non potevano valere come manifestazione di volontà idonea, equiparabile ad un dissenso in chiave attuale in ordine ai trattamenti praticati sul suo corpo.

Ma i giudici d'appello non hanno affatto verificato se tali dichiarazioni – della cui attendibilità non hanno peraltro dubitato -, ritenute inidonee a configurarsi come un testamento di vita, valessero comunque a delineare, unitamente alle altre risultanze dell'istruttoria, la personalità di E. e il suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona, alla luce dei suoi valori di riferimento e dei convincimenti etici, religiosi, culturali e filosofici che orientavano le sue determinazioni volitive; e quindi hanno omesso di accertare se la richiesta di interruzione del trattamento formulata dal padre in veste di tutore riflettesse gli orientamenti di vita della figlia.

Tale accertamento dovrà essere effettuato dal giudice del rinvio, tenendo conto di tutti gli elementi emersi dall'istruttoria e della convergente posizione assunta dalle parti in giudizio (tutore e curatore speciale) nella ricostruzione della personalità della ragazza.

10. – Assorbito l'esame della questione di legittimità costituzionale, i ricorsi sono accolti, nei sensi di cui in motivazione e nei limiti in essa indicati.

Ne segue la cassazione del decreto impugnato e il rinvio della causa ad una diversa Sezione della Corte d'appello di Milano.

Detta Corte deciderà adeguandosi al seguente principio di diritto:

«Ove il malato giaccia da moltissimi anni (nella specie, oltre quindici) in stato vegetativo permanente, con conseguente radicale incapacità di rapportarsi al mondo esterno, e sia tenuto artificialmente in vita mediante un sondino nasogastrico che provvede alla sua nutrizione ed idratazione, su richiesta del tutore che lo rappresenta, e nel contraddittorio con il curatore speciale, il giudice può autorizzare la disattivazione di tale presidio sanitario (fatta salva l'applicazione delle misure suggerite dalla scienza e dalla pratica medica nell'interesse del paziente), unicamente in presenza dei seguenti presupposti: (a) quando la condizione di stato vegetativo sia, in base ad un rigoroso apprezzamento clinico, irreversibile e non vi sia alcun fondamento medico, secondo gli standard scientifici riconosciuti a livello internazionale, che lasci supporre la benché minima possibilità di un qualche, sia pure flebile, recupero della coscienza e di ritorno ad una percezione del mondo esterno; e (b) sempre che tale istanza sia realmente espressiva, in base ad elementi di prova chiari, univoci e convincenti, della voce del paziente medesimo, tratta dalle sue precedenti dichiarazioni ovvero dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti, corrispondendo al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona. Ove l'uno o l'altro presupposto non sussista, il giudice deve negare l'autorizzazione, dovendo allora essere data incondizionata prevalenza al diritto alla vita, indipendentemente dal grado di salute, di autonomia e di capacità di intendere e di volere del soggetto interessato e dalla percezione, che altri possano avere, della qualità della vita stessa».

11. – Ricorrendo i presupposti di cui all'art. 52, comma 2, del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (Codice in materia di protezione dei dati personali), a tutela dei diritti

e della dignità delle persone coinvolte deve essere disposta, in caso di riproduzione della presente sentenza in qualsiasi forma, per finalità di informazione giuridica su riviste giuridiche, supporti elettronici o mediante reti di comunicazione elettronica, l'omissione delle indicazioni delle generalità e degli altri dati identificativi degli interessati riportati nella sentenza.

P.Q.M.

La Corte, riuniti i ricorsi, li accoglie nei sensi e nei limiti di cui in motivazione; cassa il decreto impugnato e rinvia la causa a diversa Sezione della Corte d'appello di Milano.

Dispone che, in caso di diffusione della presente sentenza in qualsiasi forma, per finalità di informazione giuridica su riviste giuridiche, supporti elettronici o mediante reti di comunicazione elettronica, sia omessa l'indicazione delle generalità e degli altri dati identificativi degli interessati riportati nella sentenza.

Corte di Appello di Roma, Sentenza 4 aprile 2007

Separazione - Matrimonio - Prole - Affidamento - Minori - Religione ebraica - Appartenenza confessionale - Famiglia - Educazione religiosa - Libertà religiosa

Il nuovo testo dell'art. 155, comma 1, cod. civ. interamente sostituito dall'art. 1 della legge n. 54/2006, riconosce il "diritto del figlio minore", anche in caso di separazione dei genitori, "di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, di ricevere cura, educazione e istruzione da entrambi e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale". Ciò implica come soluzione prioritaria, secondo la chiara disposizione di cui allo stesso art. 155 (nuovo testo), comma 2, del cod. civ., quella dell'affidamento dei minori ad entrambi i genitori, potendo il giudice disporre l'affidamento ad uno solo di essi nell'ipotesi residuale in cui ritenga, con provvedimento motivato, che l'affidamento all'altro sia contrario all'interesse dei figli (nel caso di specie, la Corte ha stabilito che i figli minori di due genitori separati venissero affidati ad entrambi i genitori, ricevendo un'educazione religiosa aperta alle loro diverse fedi (ebraica quella del padre e cristiana quella della madre), nel rispetto della libertà di orientamento religioso dei loro figli).

(omissis)

Con sentenza 8 ottobre-8 novembre 2004 il Tribunale di Roma, previa riunione dei distinti ricorsi per separazione presentati dai coniugi e in accoglimento di essi, ha pronunciato la separazione di B.E. e P.G., unitisi in matrimonio in Grottaferrata il 30 giugno 1989 e genitori di due figli, D. e G., rigettando le reciproche domande di addebito della separazione proposte dalle parti; ha affidato i figli minori alla madre, disciplinando il rapporto di frequentazione del padre con la prole; ha condannato il B. a corrispondere alla P. l'assegno mensile di Euro 900,00 per il mantenimento dei due figli, a decorrere dal mese di novembre 2004, fermo restando per il passato quanto stabilito in via provvisoria dal Presidente del Tribunale (Euro 850,00 al mese a decorrere dal mese di maggio 2002 per la sola prole, con rivalutazione automatica annuale dell'importo secondo gli indici Istat), oltre all'obbligo del padre di concorrere, nella misura del 50%, alle spese straordinarie relative alla salute e all'istruzione dei figli; ha rigettato la domanda della P. di vedersi attribuito un assegno di mantenimento a carico del B.; ha disposto l'integrale compensazione tra le parti delle spese processuali.

A sostegno della decisione, il Tribunale ha addotto, con riguardo ai rapporti personali tra genitori e figli, l'idoneità della P. a prendersi cura della prole, come del resto avvenuto nelle more del giudizio preceduto dalla separazione di fatto dei coniugi, rilevando, in contrasto con quanto sostenuto dal B., che nessun elemento contrario alla competenza genitoriale della madre fosse deducibile dalla circostanza che la P. non condividesse la religione ebraica del marito e, pertanto, non si impegnasse

nell'educazione dei figli alla medesima religione, restando comunque libero il padre di promuovere la partecipazione dei minori alla festività e celebrazioni della propria religione, in occasione delle quali avrebbe potuto avere i figli con sé compatibilmente con i loro impegni scolastici; e, inoltre, affermando che la mera possibilità, adombrata nella memoria finale di replica del B., di un trasferimento della P. con i figli in altra città, non era suscettibile di esame ai fini della designazione del genitore affidatario della prole, trattandosi di fatto nuovo, generico ed ipotetico, dedotto "in extremis" senza alcuna possibilità di esercizio del contraddittorio tra le parti al riguardo.

Avverso la predetta sentenza, con ricorso depositato il 5 dicembre 2005, il B. ha proposto appello davanti a questa Corte competente, lamentando l'attuato proposito di trasferimento della P. in altra città, effettivamente avvenuto nel dicembre 2004, allorché la moglie, con entrambi i figli a lei affidati, si era sistemata nella città di Siena, determinando nella prole e, specialmente, nel figlio più grande, D., già adolescente, un trauma nel trauma, avendo il minore sofferto, oltre alla disgregazione dell'unione tra i suoi genitori, anche il distacco dal proprio ambiente di vita, scuola, amicizie e pratica religiosa nella locale comunità ebraica, essendo in Roma il centro della sua vita familiare e sociale fin dalla nascita.

Il B., in particolare, ha rappresentato che il giovanissimo D., insopportabile verso il nuovo ambiente impostogli dalla madre, aveva espresso la volontà di rientrare a Roma presso il padre, e che la P. aveva assecondato il desiderio del figlio, concordando col marito, dopo la sentenza del Tribunale, un nuovo regime di affidamento per il solo D., stabilitosi permanentemente in Roma, presso la casa paterna, al termine dell'anno scolastico 2004-2005.

Ad avviso dell'appellante, era rimasta problematica e nel tempo si era aggravata anche la posizione della figlia più piccola, G., desiderosa a sua volta di ritornare a Roma, per ritrovare il suo ambiente di vita e di relazioni scolastiche e amicali, donde la richiesta dell'appellante, a parziale modifica della decisione impugnata, di essere designato come genitore affidatario, in via esclusiva, di entrambi i figli e, in ogni caso, del primogenito, D., per la scelta operata dallo stesso ragazzo di stabilirsi presso di lui.

Con memoria, depositata il 7 aprile 2006, la P. si è costituita, facendo propria la richiesta del B. di modifica della sentenza in punto ad affidamento del figlio al padre, in adesione alla scelta operata da D.; mentre ha confutato il preteso disagio della figlia più piccola, G., a permanere con lei, in Siena, protestando che la sua decisione di trasferirsi da Roma nella città toscana, effettivamente attuata nel dicembre 2004, non era stato frutto di mero arbitrio o capriccio personale, ma era stata necessitata dall'esigenza di partecipare alle attività economiche, in ambito alberghiero, da intraprendere con i suoi genitori in Siena, anche per la situazione di difficoltà economica in cui ella si era trovata a Roma, dopo la separazione, per il mancato pagamento dell'assegno dovuto dal B. per i figli, donde la presentazione di denunce-querela a carico del marito da parte della stessa P.; specificando, infine, l'appellata che il pagamento del contributo economico era diventato regolare solo dopo il trasferimento del figlio, D., a Roma, allorché il B. aveva finalmente iniziato a corrispondere la somma stabilita in sentenza, decurtata della metà, a favore della sola figlia, G., rimasta con la madre.

Il Pubblico Ministero è intervenuto in causa, con atto scritto del 10 maggio 2006, in cui ha svolto le osservazioni in epigrafe trascritte.

Alla prima udienza del 18 maggio 2006, la Corte ha disposto l'audizione della minore, G., sussistendo contrasto tra i genitori solo in merito al suo affidamento, previa acquisizione di relazione del competente servizio sociale di Siena sulle condi-

zioni psico-fisiche della bambina presso la madre e sulle sue relazioni con ciascuno dei genitori ed i rispettivi rami parentali, pervenuta il 6 ottobre 2006.

Nella successiva udienza del 9 novembre 2006, cui la causa è stata rinviata dall'udienza del 21 settembre 2006 per adesione del difensore dell'appellata all'astensione dalle attività processuali proclamata dal consiglio nazionale forense, la Corte ha ascoltato la minore, G., concedendo, all'esito dell'incombente, termini alle parti per memorie conclusive fino al 10 gennaio 2007.

Acquisite le predette memorie, alla nuova udienza del 25 gennaio 2007 la Corte si è riservata di decidere sulle conclusioni delle parti, come in epigrafe trascritte.

Motivi della decisione

Come si evince dalla narrativa che precede, l'appello del B. si fonda su un solo motivo, consistente nella pretesa inadeguatezza e incapacità della P. di discernere e perseguire il bene e l'interesse dei figli, ciò che sarebbe dimostrato, secondo l'appellante, dall'arbitraria scelta della moglie di trasferirsi con la prole da Roma a Siena, determinando un forte trauma nei minori per il forzato distacco dal loro ambiente di vita e relazioni fin dalla nascita, trauma ad oggi superato solo dal figlio primogenito, D., rientrato a Roma e stabilmente convivente col padre, mentre la figlia più piccola, G., rimasta a Siena con la madre, soffrirebbe molto per la lontananza dalla città natale e per la separazione dal fratello, oltre che dal padre.

La censura è infondata.

Va premesso che, come avallato dall'art. 155-quater, 1° capoverso, inserito dall'art. 1 della legge 8 febbraio 2006, n. 54, entrata in vigore il 16 marzo 2006 nelle more di questo giudizio d'appello, il cambiamento di residenza o domicilio di uno dei coniugi non è, di per sé, indicativo di inidoneità genitoriale, determinando soltanto la facoltà dell'altro coniuge, ove il mutamento interferisca con le modalità dell'affidamento, di chiedere la ridefinizione degli accordi o dei provvedimenti adottati con riguardo ai rapporti personali e anche economici conseguenti alla separazione.

In particolare, in materia di affidamento di figli di genitori separati, non sussiste alcuna disposizione che vieti o comunque limiti l'affidamento della prole, anche nel caso in cui il genitore affidatario stabilisca la propria residenza all'estero, essendo anzi costituzionalmente garantito ad ogni cittadino il diritto di circolare e soggiornare liberamente in qualsiasi parte del territorio nazionale e, anche, la libertà di uscire dal territorio della Repubblica (c.f.r. l'art. 16, primo e secondo comma, Cost.), salva, evidentemente, nelle predette ipotesi, una più attenta e delicata valutazione dell'interesse preminente dei minori, in sede di definizione del loro affidamento, affinché siano ridotti al massimo i danni derivanti dalla crisi della famiglia e sia assicurato il miglior sviluppo possibile della loro personalità (c.f.r., in termini, Cass., sez. I, sentenza n. 1732 del 17/02/1995 e altre conformi, in archivio CED).

Ciò posto, nella fattispecie in esame, deve escludersi, sulla base della qualificata osservazione dei minori condotta dal Servizio sociale di Siena e delle dichiarazioni rese dalla stessa minore, G., davanti a questa Corte, che la scelta della P. di trasferire la propria residenza a Siena, presso i propri genitori, portando con sé entrambi i figli a lei affidati, abbia avuto ripercussioni negative sullo sviluppo della personalità dei minori e sulla loro sfera affettiva.

La relazione socio-familiare, stilata dal Servizio sociale di Siena in data 6 ottobre 2006, comunica, innanzitutto, i risultati dell'osservazione di D., all'epoca quasi sedicenne, e G., di anni otto, in occasione della loro comune presenza, il 21 giugno 2006, a casa della madre dove si è svolto incontro con gli operatori del Servizio.

Dal colloquio con i minori è emersa la personalità accogliente e socievole di entrambi, i quali si sono trovati d'accordo nell'attribuire alla madre la capacità di essere una "perfetta educatrice" (espressione testuale di D.), capace, più del padre, di richiamare i figli al rispetto dei loro impegni scolastici e non, pur mostrando disponibilità a recepire le richieste dei figli e, in particolare, di G. con lei convivente (c.f.r., al riguardo, le dichiarazioni della bambina sulla madre, riportate nella relazione del Servizio); il padre, invece, sarebbe molto permissivo e poco presente e tenderebbe ad accontentare troppo la figlia più piccola, rischiando di viziarla, secondo le schiette dichiarazioni di D., ispirate - come da accorta valutazione del Servizio - da sincera critica al modello educativo paterno piuttosto che da moti di gelosia verso la sorellina, più piccola di lui di ben sette anni e mezzo. D. ha, perfino, rappresentato agli operatori sociali che, qualora la sorella si trasferisse a Roma, egli rientrerebbe a Siena per manifestare calore, vicinanza e affetto alla madre, alla quale si è mostrato molto legato.

La piccola G. è apparsa ai suoi osservatori in maggiore ansia per le proprie sorti e meno spontanea del fratello, preoccupata di tutelare al massimo la figura paterna.

Gli operatori del Servizio hanno, poi, avuto dei colloqui con ciascuno dei genitori, rilevando che la condotta della madre è adeguata nei riguardi dei figli, rispetto ai quali si pone come normativa ma anche aperta alle loro esigenze, specialmente con riguardo all'elastica applicazione del loro diritto di visita e permanenza presso il padre.

La relazione madre-figli, sempre secondo il Servizio, risulta dunque positiva e vissuta in un clima di tranquillità, espansività e confidenza.

Il colloquio col padre, svoltosi circa un mese dopo, il 24 luglio 2006, ha evidenziato la preoccupazione del B. per la situazione familiare e, in particolare, per la crescita dei figli, costretti a vivere separati l'uno dall'altro, abitando D. col padre a Roma e G. con la madre a Siena.

Pur esprimendo sentimenti di scarsa stima nei confronti della P., il B. ha tuttavia esternato agli operatori del Servizio il suo consenso a lasciare entrambi i figli con la madre, ove lo volessero, pur di salvaguardare l'unità di D. e G.

Entrambi i genitori, infine, si sono dichiarati disponibili ad iniziare un percorso di mediazione familiare che li aiuti a superare gli ostacoli che li dividono, al fine di esercitare in modo positivo i rispettivi ruoli genitoriali per una crescita adeguata ed equilibrata dei loro figli (c.f.r., per tutto quanto precede, la citata relazione del S.S., in atti).

L'ascolto, a cura di questa Corte, della minore contesa, G., sussistendo invece il consenso di entrambi i genitori alla scelta di D. di vivere a Roma col padre, ha confermato il disagio della bambina, divisa tra il desiderio di ritornare a Roma, anche per la scuola qui frequentata dove si è trovata meglio rispetto alla scuola cui è attualmente iscritta a Siena, e l'attaccamento alla propria madre che vorrebbe con sé, in questa città, per ritornare in Toscana, dove vivono i nonni materni, di tanto in tanto (c.f.r. il verbale d'udienza 9 novembre 2006, in atti).

All'esito dell'istruzione svolta, reputa la Corte che il caso in esame debba essere disciplinato facendo applicazione del nuovo testo dell'art. 155, comma 1, cod. civ. interamente sostituito dall'art. 1 della legge n. 54/2006, cit., che riconosce il "diritto del figlio minore", anche in caso di separazione dei genitori, "di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, di ricevere cura, educazione e istruzione da entrambi e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale".

Nella fattispecie, è evidente che il diritto di D. e G.B. al rapporto - in condizioni

di tendenziale parità – con ciascuno dei genitori separati, tenuto conto dell' idoneità psico-sociale di ambedue le figure parentali ad assolvere la loro funzione di protezione e cura della prole, implica come soluzione prioritaria, secondo la chiara disposizione di cui allo stesso art. 155 (nuovo testo), comma 2, del cod. civ., quella dell' affidamento degli stessi minori ad entrambi i genitori, potendo il giudice disporre l' affidamento ad uno solo di essi nell' ipotesi residuale in cui ritenga, con provvedimento motivato, che l' affidamento all' altro sia contrario all' interesse dei figli, ciò che certamente non ricorre nel caso in esame (c.f.r. l' art. 155-bis, comma 1, cod. civ., inserito dall' art. 1 della legge n. 54/2006, cit.).

Nella determinazione dei tempi e delle modalità di presenza dei minori presso ciascun genitore, ritiene la Corte di dovere privilegiare, rispetto al valore particolarmente sottolineato dal B. della convivenza dei due fratelli nella casa paterna, in Roma, quello - ad avviso del giudicante, maggiormente rispondente all' interesse di G., più piccola di D. di sette anni e mezzo, e, perciò, ancora bisognosa di pregnante assistenza anche materiale da parte della genitrice - della stabile permanenza della bambina presso la madre, in Siena, città peraltro non lontanissima da Roma e con quest' ultima ben collegata.

In particolare, si reputa rispondente al diritto dei minori, come sopra enunciato, il seguente statuto delle loro relazioni con i genitori:

1. affidamento di D. e G. ad entrambi i genitori, con esercizio della potestà da parte degli stessi genitori, i quali assumeranno di comune accordo le decisioni di maggiore interesse per i figli relative all' istruzione, all' educazione e alla salute, mentre eserciteranno la potestà separatamente con riguardo alle sole decisioni su questioni di ordinaria amministrazione, che si imporranno nei tempi di permanenza dei minori presso ciascuno di loro (c.f.r. l' art. 155, comma terzo, cod. civ., nuovo testo);

2. in particolare, i figli riceveranno un' educazione religiosa aperta alle diverse fedi dei genitori (ebraica quella del padre e cristiana quella della madre), i quali dovranno promuovere e garantire la consapevole libertà di orientamento religioso dei loro figli;

3. il figlio primogenito, D., di anni sedici, risiederà presso la casa del padre, in Roma, come da sua scelta; mentre la figlia secondogenita, G., di anni nove, continuerà ad abitare presso la madre, in Siena;

4. sia il padre che la madre potranno permanere con entrambi i figli, nelle loro rispettive residenze o altrove, per due fine settimana al mese, tra loro alternati, a partire dal venerdì (uscita da scuola) alla domenica sera; le vacanze natalizie, pasquali e durante l' anno scolastico, saranno ripartite tra i genitori in modo da garantire a ciascuno di loro un analogo tempo di permanenza con entrambi i figli, con obbligo di comunicare all' altro genitore, in ogni caso di allontanamento dalle rispettive residenze, il luogo dove si tratteranno con la prole, e di consentire, comunque, nei tempi di permanenza di ciascuno o di entrambi i figli presso un genitore, il mantenimento di regolari contatti della prole con l' altro genitore;

5. anche il tempo di permanenza dei figli presso l' uno o l' altro genitore, durante le vacanze estive, sarà disciplinato in modo da consentire la presenza congiunta dei due minori presso lo stesso genitore e l' equa ripartizione dei rispettivi tempi di permanenza estiva con i figli tra i genitori, secondo un calendario che le parti concorderanno preferibilmente entro il 30 maggio di ciascun anno;

6. resta salvo il diritto di libera visita infrasettimanale dei figli, da parte del genitore con loro non stabilmente convivente, nel rispetto dei prioritari impegni scolastici e di studio della prole.

Riguardo agli aspetti economici, ritiene la Corte di dovere applicare la prioritaria indicazione desumibile dal nuovo testo dell'art. 155, comma 4, cod. civ., a favore del mantenimento cosiddetto diretto dei figli, in misura proporzionale al reddito di ciascun genitore, tanto più che la collocazione dei minori, uno presso il padre e l'altra presso la madre, rende più agevole proprio la detta forma di mantenimento, senza la necessità, pertanto, di stabilire la corresponsione di un assegno periodico, che sarebbe reciprocamente dovuto, atteso che entrambi i genitori sono benestanti imprenditori (il B. in ambito immobiliare e la P. nel settore della ristorazione ed alberghiero), come da documentazione in atti versata, peraltro non aggiornata – con riguardo a quella fiscale – da alcuna delle parti in questa sede, e considerato altresì che i coniugi, nelle loro note conclusive, non hanno neppure riproposto la reciproca richiesta di un assegno di mantenimento per i figli conviventi con ciascuno di loro.

L'esito del giudizio in materia di affidamento dei minori, senza vincitori né vinti, giustifica l'integrale compensazione tra le parti anche delle spese del presente grado di causa, come già disposto per quelle del primo giudizio.

P.Q.M.

La Corte,

definitivamente pronunciando sull'appello avverso la sentenza 8 ottobre-8 novembre 2004 del Tribunale di Roma, proposto da B.E. nei confronti di P.G., ogni contraria istanza, eccezione e deduzione disattese, in parziale riforma della sentenza impugnata, così provvede:

a) affida i figli minori delle parti, B.D. e B.G., ad entrambi i genitori, con esercizio della potestà da parte degli stessi genitori, i quali assumeranno di comune accordo le decisioni di maggiore interesse per i figli relative all'istruzione, all'educazione e alla salute, mentre eserciteranno la potestà separatamente con riguardo alle sole decisioni su questioni di ordinaria amministrazione, che si imporranno nei tempi di permanenza dei minori presso ciascuno di loro;

b) in particolare, i figli riceveranno un'educazione religiosa aperta alle diverse fedi dei genitori (ebraica quella del padre e cristiana quella della madre), i quali dovranno promuovere e garantire la consapevole libertà di orientamento religioso dei loro figli;

c) il figlio primogenito, D., di anni sedici, risiederà presso la casa del padre, in Roma, come da sua scelta; mentre la figlia secondogenita, G., di anni nove, continuerà ad abitare presso la madre, in Siena;

d) sia il padre che la madre potranno permanere con entrambi i figli, nelle loro rispettive residenze o altrove, per due fine settimana al mese, tra loro alternati, a partire dal venerdì (uscita da scuola) alla domenica sera; le vacanze natalizie, pasquali e durante l'anno scolastico saranno ripartite tra i genitori in modo da consentire a ciascuno di loro un analogo tempo di permanenza con entrambi i figli, fermo l'obbligo, in ogni caso di allontanamento dalla rispettiva residenza, di comunicare all'altro genitore il luogo dove si tratteranno con la prole, e di consentire, comunque, nei tempi di permanenza di ciascuno o di entrambi i figli presso un genitore, regolari contatti della prole con l'altro genitore;

e) anche il tempo di permanenza dei figli presso l'uno o l'altro genitore, durante le vacanze estive, sarà disciplinato in modo da assicurare la presenza congiunta dei due minori presso lo stesso genitore e l'equa ripartizione dei tempi di permanenza estiva con i figli tra i genitori, secondo un calendario che le parti concorderanno preferibilmente entro il 30 maggio di ciascun anno;

f) resta salvo il diritto di libera visita infrasettimanale dei figli, da parte del genitore con loro non stabilmente convivente, nel rispetto dei prioritari impegni scolastici e di studio dei minori;

g) ciascuno dei genitori provvedere al mantenimento dei figli in modo diretto e in misura proporzionale al proprio reddito.

Dispone l'integrale compensazione tra le parti anche delle spese del presente grado del giudizio.

Conferma in tutto il resto la sentenza impugnata.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 21 febbraio 2007.

Depositata in Cancelleria il 4 aprile 2007.

Corte di Appello di Roma, Sentenza 18 aprile 2007

Affidamento congiunto - Minore - Scioglimento del matrimonio - Affidato condiviso - Interesse del minore - Credo religioso - Libertà religiosa - Contrasto - Provvedimenti

L'affidamento congiunto del minore ai genitori deve essere escluso qualora ciò non sia conforme all'interesse dello stesso, in quanto non idoneo a garantirgli l'equilibrio e la serenità necessari per il suo sviluppo. Ciò risulta conforme anche alla nuova normativa introdotta dalla L. n. 54/2006, che prevede quale regola generale quella dell'affidato condiviso del figlio minore, salvo che questo si ponga contro il suo interesse (artt. 155 e 155 bis c.c.). (Nel caso di specie, veniva escluso l'affidamento congiunto della minore che incorreva in frequenti motivi di contrasto con la madre, determinati in parte anche dal credo religioso di quest'ultima e dai ripetuti tentativi di coinvolgimento della figlia).

(omissis)

Svolgimento del processo

Il Tribunale di Velletri, dopo aver pronunciato con sentenza non definitiva del 10/9/2003 lo scioglimento del matrimonio contratto da R.M. e S.P., con successiva sentenza in data 19/11/2004 ha affidato la figlia L., congiuntamente ai genitori, con residenza alternata, nel periodo scolastico presso la madre a Nuoro e nel periodo estivo presso il padre a Velletri, ha stabilito che la figlia trascorra nei rispettivi periodi feriali dei genitori quindici giorni con ciascuno di essi ed ha posto a carico del M. un contributo al suo mantenimento di Euro 260,00 mensili, esonerandolo dal pagamento per i periodi di coabitazione con la figlia.

Il M. con ricorso ritualmente depositato e notificato ha proposto appello avverso la suddetta sentenza deducendone l'erroneità per avere disposto il collocamento della bambina secondo le modalità suindicate, senza tener conto della volontà dalla stessa, espressa nel corso del giudizio di primo grado, di voler vivere a Velletri con il padre. Ha chiesto pertanto che la Corte, previa sospensione dell'efficacia esecutiva della sentenza e audizione della minore, modifichi i provvedimenti relativi al collocamento della minore, adottando le conseguenti statuizioni di carattere economico.

La P. si è costituita in giudizio contestando il fondamento dell'appello e chiedendo in via incidentale che la Corte affidi la figlia in via esclusiva a lei in quanto l'affidamento congiunto in presenza di una elevata conflittualità tra lei ed il M. non può che avere riflessi negativi sulla figlia.

Ha precisato che la figlia è ben ambientata a Nuoro e che è condizionata e suggestionata dal padre, nel tentativo di questi di farla tornare a Velletri. Ha chiesto inoltre che la Corte determini a carico del M. un contributo al mantenimento della figlia di Euro 350,00 mensili da versarsi per l'intero anno, oltre all'obbligo di contribuire al pagamento delle spese straordinarie nella misura del 50%.

All'udienza del 23/6/2005, su richiesta dell'appellante, è stata sentita la minore L.,

che ha dichiarato di non trovarsi bene a Nuoro, di non andare d'accordo con la madre, la quale a suo dire le impedisce i contatti telefonici con il padre e con i compagni di scuola ed inoltre la lascia spesso sola in casa sia per ragioni di lavoro sia perché si reca in missione per motivi di religione, in quanto testimone di Geova. All'esito dell'audizione la Corte si è riservata di adottare una decisione e con ordinanza del 24/6/2005, preso atto del grave stato di disagio emerso dalle dichiarazioni della minore e dell'assenza in udienza della madre, ha disposto la convocazione delle parti. All'udienza del 14/7/2005 la Corte, dopo aver sentito le parti, si è riservata e con ordinanza dell'1/8/2005 ha dichiarato inammissibile l'istanza di sospensione dell'appellante.

Con ricorso depositato il 17/10/2005 il M., dopo aver premesso che la figlia a seguito del periodo estivo trascorso con lui non ha più voluto tornare in Sardegna dalla madre ed ha espresso la volontà di rimanere a vivere a Velletri con il padre, ha chiesto che la Corte con provvedimento di urgenza disponga il collocamento di L. presso di lui, con i conseguenti provvedimenti economici a carico della madre per il mantenimento della figlia. All'udienza del 10/11/2005 fissata per la trattazione del ricorso di urgenza, la Corte, sentite le parti, si è riservata e con ordinanza dell'11/11/2005 ha disposto in via provvisoria ed urgente il collocamento di L. presso il padre, disponendo che gli incontri con la madre avvengano con regolarità e liberamente e affidando al Servizio Sociale l'incarico di seguire la vicenda, di intervenire a sostegno delle parti e della minore e di suggerire le più opportune modalità di affidamento e di frequentazione della minore con il genitore non affidatario, ha infine sospeso l'obbligo del M. di corrispondere alla P. l'assegno di mantenimento per la figlia, riservando al merito ogni decisione in ordine alle questioni economiche.

All'udienza del 2/3/2006, acquisita la relazione del Servizio Sociale e sentite le parti che hanno chiesto rinvio per deposito di note, la causa è stata rinviata confermando l'incarico al Servizio di vigilare sulla situazione del nucleo familiare. Nelle note difensive l'appellante ha chiesto la conferma del collocamento della figlia presso di sé e la previsione di un contributo al suo mantenimento a carico della madre e l'appellata si è rimessa alla decisione della Corte in ordine all'affidamento ed al collocamento della figlia ed ha precisato di non essere in condizione di versare un contributo economico per la figlia. Alla successiva udienza del 13/7/2006 la causa è stata rinviata per l'adesione dei difensori alla proclamata astensione dalle udienze ed all'udienza del 15/2/2007, sentiti i procuratori delle parti, è stata trattenuta in decisione.

Motivi della decisione

L'appello è fondato.

Le dichiarazioni rese in udienza da L. con estrema spontaneità hanno rivelato la condizione di grande disagio da lei vissuta rispetto alla convivenza con la madre, la propria insofferenza rispetto alle abitudini di vita della madre ed alle regole che a lei erano imposte. La minore ha manifestato con chiarezza e sincerità, così da escludere ogni dubbio circa eventuali condizionamenti da parte del padre, la propria ferma intenzione di vivere con lui, con il quale ha dichiarato di avere un buon rapporto e dal quale si sente compresa e sostenuta.

Lo stato d'animo ed i desideri di L., così come espressi nel corso della audizione dinanzi alla Corte, hanno trovato conferma nelle due relazioni elaborate dal Servizio Sociale del Comune di Velletri all'esito di diversi incontri con i due genitori e con la minore: il Servizio ha riscontrato il fermo intendimento di L. di rimanere a Velletri, luogo in cui ha un buon inserimento scolastico e sociale, insieme con il padre, con il quale ha un rapporto sereno, così come con la compagna del padre e le due figlie di

quest'ultima, una delle quali è sua compagna di scuola. Lo stesso Servizio ha riferito in ordine alla volontà della minore di non essere affidata alla madre, con la quale ha diversi motivi di contrasto, determinati dal credo religioso della P. e dai ripetuti tentativi da parte di quest'ultima di coinvolgere la figlia nelle sue frequentazioni e di impedirle di avere contatti con gli amici ed i compagni di scuola. Tale situazione di conflitto si è nuovamente realizzata in occasione degli incontri avuti tra la madre e la figlia nel corso del 2006, per la tendenza della P. ad attrarre la figlia nel gruppo dei testimoni di Geova, cui ella aderisce, e ad ostacolare le sue richieste di partecipazione alle gite scolastiche in assenza di giustificati motivi, comportamenti questi che hanno indotto nella figlia il convincimento che la madre si disinteressa delle sue esperienze e delle sue effettive necessità. Il Servizio Sociale nell'ultima relazione del 16/6/2006 ha riferito di avere appreso dalla minore e dal padre che la madre non comunica mai tempestivamente i propri spostamenti ed i periodi in cui intende vedere la figlia, così da creare diversi problemi anche dal punto di vista organizzativo, ed ha ribadito la ferma volontà di L. di vivere con il padre.

Gli elementi fin qui esposti inducono a ritenere che l'affidamento congiunto di L. ai genitori non sia conforme al suo interesse in quanto non idoneo, allo stato attuale, a garantirle l'equilibrio e la serenità necessari per il suo sviluppo, anche alla luce della nuova normativa introdotta dalla L. n. 54/2006, che prevede quale regola generale quella dell'affido condiviso del figlio minore, salvo che questo si ponga in contrasto con il suo interesse (artt. 155 e 155 bis c.c.). Ad avviso della Corte sussistono nella specie le condizioni per derogare alla disciplina ormai ordinaria dell'affido condiviso non solo in virtù della conflittualità tra i due genitori e della distanza tra i rispettivi luoghi di residenza, che comunque renderebbero difficile una condivisione delle responsabilità ed una ripartizione pressoché paritaria dei compiti di accudimento, ma anche in relazione alla netta e decisa posizione della minore di rifiuto della convivenza con la madre, manifestata in modo chiaro, sincero e spontaneo e che in questo momento è opportuno assecondare, tenuto conto dell'età critica della ragazza che oggi ha quattordici anni, con l'auspicio che nel tempo, anche attraverso la doverosa e responsabile collaborazione di entrambi i genitori, la situazione possa trovare una positiva evoluzione e condurre ad un riavvicinamento tra la madre e la figlia, che appare quanto mai necessario al fine di una crescita sana di quest'ultima.

Per tali ragioni, in riforma della sentenza impugnata, deve essere disposto l'affidamento di L. al padre con la precisazione che ai sensi della nuova formulazione dell'art. 155 c.c. la potestà genitoriale sarà esercitata da entrambi i genitori, separatamente, nei rispettivi periodi di permanenza, per le questioni di ordinaria amministrazione, congiuntamente per le decisioni di maggiore interesse relative all'istruzione, all'educazione ed alla salute.

Per le medesime ragioni deve essere riformata anche la statuizione concernente il collocamento della minore dovendosi ritenere senza dubbio pregiudizievole per lei obbligarla, considerato il suo atteggiamento di rifiuto, a vivere a Nuoro con la madre e sradicarla dall'ambiente familiare, scolastico e sociale in cui è inserita già da tempo con benefici effetti sulla sua tranquillità, e deve quindi disporsi che L. viva nell'abitazione paterna in Velletri. È tuttavia necessario che la minore incontri e frequenti regolarmente la madre per ricostituire con lei il legame che è venuto meno e che potrà essere recuperato attraverso il consapevole e attivo atteggiamento dei genitori che dovranno, in vista dell'esclusivo interesse di L., agevolare, favorire e stimolare le occasioni di incontro e le comunicazioni tra lei e la madre. La Corte ritiene necessario a tale scopo indicare i tempi e le modalità di permanenza che i

genitori dovranno rigorosamente rispettare, segnalando agli stessi che essi hanno la facoltà, in ogni momento, di modificare ed ampliare consensualmente tali modalità, nel rispetto delle esigenze lavorative della madre e degli impegni di studio della figlia, tenendo sempre presente l'interesse primario di quest'ultima a consolidare il rapporto con la madre.

Pertanto la P. potrà vedere e tenere con sé la figlia con le seguenti modalità:

per due fine settimana al mese nel luogo di residenza della minore dal venerdì sera alla domenica sera;

per trenta giorni durante le vacanze estive, da concordate tra le parti entro il trenta maggio di ogni anno, che potranno essere trascorsi nel luogo di residenza della madre o altrove;

per sette giorni durante le vacanze natalizie, alternativamente dal 23 al 30 dicembre e dal 30 dicembre al 6 gennaio, nel luogo di residenza della madre o altrove;

per tre giorni durante le vacanze pasquali, comprensivi ad anni alterni del giorno di Pasqua o del Lunedì dell'Angelo, nel luogo di residenza della madre o altrove;

La Corte ritiene opportuno rappresentare alle parti la necessità di rispettare le prescrizioni imposte e di collaborare affinché siano attuati le modalità di affidamento ed i tempi di permanenza della figlia con entrambi i genitori e che in caso di gravi inadempienze o di atti che comunque arrechino pregiudizio alla minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento potranno essere adottati i provvedimenti, sanzionatori di cui all'art. 709 ter c.c. (modifica in via di urgenza dell'affidamento e del collocamento, risarcimento dei danni, sanzione pecuniaria).

Deve essere confermato l'incarico al Servizio Sociale del Comune di Velletri, da svolgere di concerto con il Servizio Sociale del Comune di Nuoro cui l'incarico viene così esteso, di vigilare attentamente sulla situazione della minore e sui rapporti con entrambi i genitori, di porre in essere tutti gli interventi, che finora non sembra siano stati posti in essere, ritenuti necessari nell'interesse di L., fornendo a lei ed ai suoi genitori il necessario sostegno psicologico, allo scopo di controllare l'evolversi della situazione e di evitare che siano posti ostacoli da parte del padre o della madre alla ripresa dei contatti tra questa e la figlia.

La sentenza impugnata deve essere riformata anche con riguardo alla statuizione economica: deve infatti essere revocato l'obbligo del M. di corrispondere alla P. l'assegno per il mantenimento della figlia, che ormai vive stabilmente con lui, e deve essere sancito l'obbligo per la P. di contribuire al mantenimento della figlia, secondo un principio di carattere generale che impone ad ogni genitore di mantenere, educare ed istruire i figli, adempiendo a tale obbligazione in proporzione alle proprie sostanze e secondo la rispettiva capacità di lavoro professionale o casalingo (v. artt. 147 e 148 c.c.). Non può pertanto essere accolta la richiesta della P. di essere esonerata da ogni contributo al mantenimento della figlia, contributo che peraltro appare necessario non solo al fine del sostentamento materiale di L. ma, nella fattispecie, anche e soprattutto per dimostrare in concreto alla stessa L. l'interesse e la partecipazione della madre alla sua vita ed alle sue molteplici esigenze, sotto il profilo morale e materiale.

Quanto all'entità del contributo si osserva che la P. è dipendente del Ministero di Giustizia con la qualifica di operatore amministrativo ed una retribuzione annua lorda, nell'anno 2001 cui si riferisce l'ultimo mod. Cud. in atti, di Euro 18381,54, pari a circa Euro 15000,00 netti e quindi ad Euro 1200,00 circa mensili e che il M. è sottufficiale della Guardia di Finanza con un reddito annuo lordo nell'anno 2000 (v. ultimo Cud del 2001) di Euro 23457,37, pari a circa Euro 18105,00 e quindi a circa Euro 1500,00 mensili.

Considerati i rispettivi redditi delle parti, il fatto che la minore vivrà, almeno per il momento, prevalentemente con il padre con i conseguenti oneri a carico di quest'ultimo sia economici sia organizzativi e di accudimento in generale, infine la circostanza per cui la P. dovrà sostenere i costi dei viaggi e del soggiorno a Velletri per incontrare la figlia, la Corte ritiene equo stabilire in Euro 250,00 mensili il contributo che la P. dovrà versare al M. per il mantenimento della figlia, con decorrenza dal mese successivo alla data della presente decisione (aprile 2007) e con la rivalutazione monetaria annuale secondo gli indici Istat dall'aprile 2008, e prevedere l'obbligo della stessa di contribuire con la stessa decorrenza alle spese mediche, non coperte dal S.S.N., sportive, scolastiche e ricreative in genere nella misura del 50%, previamente concordate tra i genitori.

La natura e la delicatezza delle questioni esaminate, nonché il comportamento processuale della appellata, che non ha sostanzialmente insistito nella originaria richiesta di affidamento a sé della figlia, rimettendosi alla decisione della Corte, inducono a dichiarare interamente compensate tra le parti le spese di questo grado del giudizio.

P.Q.M.

La Corte definitivamente pronunciando sull'appello proposto da R.M. con ricorso depositato il 16/2/2005 avverso la sentenza del Tribunale di Velletri in data 19/11/2004 nei confronti di S.P. e sull'appello incidentale da questa proposto avverso la medesima sentenza con comparsa di costituzione e risposta, così provvede:

accoglie l'appello principale ed in riforma della sentenza impugnata affida la minore L.M. al padre;

dispone che L. viva con il padre e che la madre possa vederla e tenerla con sé con le seguenti modalità;

per due fine settimana al mese nel luogo di residenza della minore dal venerdì sera alla domenica sera;

per trenta giorni durante le vacanze estive, da concordare tra le parti entro il trenta maggio di ogni anno, nel luogo di residenza della madre o altrove;

per sette giorni durante le vacanze natalizie, alternativamente dal 23 al 30 dicembre e dal 30 dicembre al 6 gennaio, nel luogo di residenza della madre o altrove;

per tre giorni durante le vacanze pasquali, comprensivi ad anni alterni del giorno di Pasqua o del Lunedì dell'Angelo, nel luogo di residenza della madre o altrove;

la potestà genitoriale sarà esercitata da entrambi i genitori, separatamente, nei rispettivi periodi di permanenza, per le questioni di ordinaria amministrazione, congiuntamente per le decisioni di maggiore interesse relative all'istruzione, all'educazione ed alla salute;

conferma l'incarico al Servizio Sociale del Comune di Velletri, da svolgere di concerto con il Servizio Sociale del Comune di Nuoro cui l'incarico viene così esteso, di vigilare attentamente sulla situazione della minore e sui rapporti con entrambi i genitori, di porre in essere tutti gli interventi, che finora non sembra siano stati posti in essere, ritenuti necessari nell'interesse di L., fornendo a lei ed ai suoi genitori il necessario sostegno psicologico, allo scopo di controllare l'evolversi della situazione e di evitare che siano posti ostacoli da parte del padre o della madre alla ripresa dei contatti tra questa e la figlia;

dispone che la P. corrisponda al M. per il mantenimento della figlia la somma di Euro 250,00 mensili entro il giorno cinque di ogni mese, con decorrenza dal mese successivo alla data della presente decisione (aprile 2007) e con la rivalutazione mo-

netaria annuale secondo gli indici Istat dall'aprile 2008, e contribuisca con la stessa decorrenza alle spese mediche, non coperte dal S.S.N., sportive, scolastiche e ricreative in genere nella misura del 50%, previamente concordate tra i genitori;

rigetta l'appello incidentale;

dichiara interamente compensate tra le parti le spese di questo grado del giudizio.

Si comunichi ai Servizi Sociali dei Comuni di Velletri e di Nuoro.

Così deciso il 7 marzo 2007 nella camera di consiglio della Corte d'appello di Roma sezione persona e famiglia.

Tribunale Civile di Milano, Sezione immigrazione, Sentenza 2 febbraio 2007

Ricongiungimento familiare - Matrimonio - celebrazione via telefono - Diritto privato internazionale - Legge del Paese d'origine - Paki- stan - Coniugi - Immigrazione - Autorità amministrativa - Società multiethnica

È valido, ai fini del ricongiungimento familiare il matrimonio celebrato per telefono, se nel Paese d'origine di colui che lo ha contratto tale forma è considerata valida. Infatti la legge 218 del 1995, all'articolo 28, prevede che il giudizio di validità formale del matrimonio deve essere effettuato alla luce della legge del luogo di celebrazione o della legge nazionale dei coniugi. Pertanto se nel paese d'origine è prevista la validità del matrimonio celebrato via telefono, questo deve essere considerato valido in Italia ai fini del ricongiungimento.

Il Giudice Dott.ssa C. C.,
letto il ricorso presentato da C. Z. M. in data 16/11/2006 ex art. 30 VI comma decreto legislativo 286/98 avverso il provvedimento di diniego del visto per ricongiungimento familiare emesso in data 20/9/06 dall'Ambasciata D'Italia in Islamabad;
ritenuta la tempestività e la propria competenza nel decidere;
a scioglimento della riserva assunta, così provvede:
L'Ambasciata Italiana ha motivato il proprio diniego di rilascio del visto d'ingresso sull'unico elemento fattuale dell'invalidità del matrimonio del ricorrente in quanto celebrato per telefono.

Il ricorrente lamenta profili di invalidità del provvedimento sulla circostanza della piena validità del vincolo coniugale secondo la legge pakistana comune ai due coniugi.

Le doglianze del ricorrente appaiono fondate.

Il ricorrente ha prodotto certificato pakistano di matrimonio dal quale si evince la piena validità in Pakistan del matrimonio celebrato a mezzo del telefono.

Giova richiamare l'art. 28 della L. 218/95 sulla legge applicabile in caso di matrimonio celebrato all'estero che prevede che il giudizio di validità formale del matrimonio deve essere effettuato alla luce della legge del luogo di celebrazione o dalla legge nazionale dei coniugi.

Ne consegue pertanto che secondo la legge comune ai due coniugi anche il matrimonio celebrato per telefono ha validità giuridica.

Va rilevato che l'autorità amministrativa, nella persona del Questore di Varese ha già positivamente compiuto l'indagine sui requisiti per il rilascio del nulla osta concedendo il provvedimento di nulla osta al ricongiungimento familiare con la moglie S. Z. in data 18/7/05.

Secondo il disposto legislativo dell'art. 29 decreto legislativo 286/98 non è prevista la necessità di ulteriore controllo da parte dell'Ambasciata alla quale è inoltrata la richiesta per il visto d'ingresso, poiché a tale organo è riservato un mero controllo ester-

no di legittimità sull'esistenza delle condizioni di legge, che non può comportare una valutazione penetrante quale quella riservata soltanto alla Questura competente.

Tale interpretazione conduce a ritenere che l'Autorità amministrativa non possa effettuare un'indagine sulla validità formale del matrimonio che deve essere riservata soltanto a quella giurisdizionale (Cass. 5537/01).

Ne consegue pertanto che il provvedimento di diniego è illegittimo e deve essere annullato.

P.Q.M.

Accoglie il ricorso presentato da C. Z. M. e annulla il provvedimento dell'Ambasciata d'Italia in Islamabad emesso in data 20/9/06.

Corte Costituzionale, 18-ottobre-1995, n. 440

Bestemmia – Modifiche concordatarie - Espunzione dall'ordinamento giuridico della nozione di "Religione dello Stato" – Asserita indeterminatezza della fattispecie incriminatrice in violazione dell'art. 25 Cost. – Preteso contrasto con gli artt. 3 e 8, primo comma, Cost. – Ricostruzione del bene giuridico protetto – Tutela penale del sentimento giuridico individuale – Discriminazione tra fedeli di diverse confessioni religiose – Punizione della bestemmia contro la Divinità – Tutela di tutte le fedi religiose senza discriminazioni – Bestemmia contro i simboli o le persone venerati nella Religione dello Stato – Riferimento esclusivo alla Religione Cattolica – Illegittimità costituzionale.

È costituzionalmente illegittimo, per contrasto con gli artt. 3 e 8, primo comma, Cost., l'art. 724, primo comma, del codice penale – che punisce con un'ammenda chiunque pubblicamente bestemmi, con invettive o parole oltraggiose, contro la Divinità o i Simboli o le Persone venerati nella religione dello Stato –, limitatamente alle parole: "o i Simboli o le Persone venerati nella religione dello Stato", in quanto differenzia la tutela penale del sentimento religioso individuale a seconda della fede professata. Infatti, mentre la bestemmia contro la Divinità può considerarsi punita indipendentemente dalla riconducibilità della Divinità stessa a questa o a quella religione, di guisa che, già ora, risultano protetti dalle invettive e dalle espressioni oltraggiose tutti i credenti e tutte le fedi religiose, senza distinzioni o discriminazioni, la bestemmia contro i Simboli o le Persone venerati, di cui alla seconda parte della disposizione, si riferisce testualmente soltanto alla "religione dello Stato", e cioè alla religione cattolica. Alla riconosciuta violazione del principio di eguaglianza, in presenza del divieto di decisioni additive, in materia penale, che preclude alla Corte l'estensione della norma alle fedi religiose escluse, consegue il suo annullamento per difetto di generalità. - Sulla esclusione della indeterminatezza della fattispecie di cui all'art. 724, primo comma, cod. pen., dopo la scomparsa dall'ordinamento giuridico della nozione di "religione dello Stato", S. n. 925 del 1988. - In tema di bestemmia, e segnatamente con riguardo alla ricostruzione del bene giuridico protetto dalla norma, S. n. 79 del 1958, che configura quella cattolica come religione dello Stato inteso non più come organizzazione politica ma in quanto società; S. n. 14 del 1973, che individua come oggetto della tutela penale il "sentimento religioso"; S. n. 925 del 1988, che valorizza nella norma la tutela del "buon costume", segnalando al legislatore la necessità "di addivenire ad una revisione della fattispecie", nonché O. n. 52 del 1989.

La Corte Costituzionale ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 724 del codice penale promosso con ordinanza emessa il 14 novembre 1991 dal Tribunale di Milano nel procedi-

mento penale a carico di Onesti Fabio, iscritta al n. 457 del registro ordinanze 1995 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 36, prima serie speciale, dell'anno 1995;

Udito nell'udienza pubblica del 3 ottobre 1995 il Giudice relatore Gustavo Zagrebelsky.

FATTO

(Omissis...)

DIRITTO

1. - L'ordinanza del Tribunale di Milano ripropone la questione di legittimità costituzionale del reato di bestemmia, previsto dal primo comma dell'art. 724 del codice penale, sotto il duplice profilo della violazione del principio di determinatezza della fattispecie penale (art. 25, secondo comma, della Costituzione) e della violazione del principio di uguaglianza in materia di religione (artt. 3 e 8, primo comma, della Costituzione).

2.1. - L'art. 724, primo comma, del codice penale punisce a titolo contravvenzionale la condotta di chi "pubblicamente bestemmia, con invettive o parole oltraggiose, contro la Divinità o i Simboli o le Persone venerati nella religione dello Stato". La prima prospettazione della questione si incentra sulle conseguenze che - ad avviso del Tribunale rimettente - deriverebbero dall'espunzione dal vigente ordinamento della nozione di "religione dello Stato". Di tale nozione, enunciata nell'art. 1 dello Statuto albertino, ribadita nell'art. 1 del Trattato del 1929 tra la Santa Sede e l'Italia e largamente utilizzata dal codice penale vigente, ma incompatibile con il principio costituzionale fondamentale di laicità dello Stato (sentenze nn. 203 del 1989 e 149 del 1995), il Protocollo addizionale all'Accordo di modifica del Concordato lateranense, recepito nell'ordinamento italiano con legge 25 marzo 1985, n. 121, ha constatato (al punto 1) il superamento: "Si considera non più in vigore il principio, originariamente richiamato dai Patti lateranensi, della religione cattolica come sola religione dello Stato italiano".

Da questa caducazione, secondo il Tribunale rimettente, deriverebbe l'indeterminatezza della fattispecie dell'art. 724, primo comma, del codice penale e quindi la violazione dell'art. 25, secondo comma, della Costituzione, in quanto ora non sarebbe più individuabile la religione destinataria delle invettive e delle parole oltraggiose costitutive dell'elemento materiale del reato di bestemmia.

La questione, così delineata, è già stata esaminata e respinta da questa Corte con sentenza n. 925 del 1988.

La formula dell'art. 724, primo comma, del codice penale, dopo la scomparsa dall'ordinamento giuridico della nozione di "religione dello Stato", non contempla alcuna nozione generica e quindi non giustifica la censura di indeterminatezza. Semplicemente, si apre un'alternativa tra due possibilità, entrambe determinate: o ritenere che l'eliminazione della nozione di "religione dello Stato" abbia fatto venire meno la fattispecie dell'art. 724, primo comma, del codice penale e l'abbia così privata di contenuto normativo; oppure, ritenere che quell'espressione sia semplicemente il tramite linguistico per mezzo del quale, ora come allora, viene indicata la religione cattolica. Si tratta di una scelta interpretativa dipendente da una presa di posizione in ordine al "perché" della volontà del legislatore espressa nell'art. 724 (la religione cattolica in quanto religione dello Stato ovvero la religione dello Stato in quanto religione cattolica). La giurisprudenza penale ha seguito ora il primo, ora il secondo orientamento e quest'ultimo ha finito per prevalere con l'avallo di questa

Corte, la quale ha affermato che “l’innegabile venir meno del significato originario dell’espressione ‘religione dello Stato’ non esclude che, entro il contesto dell’art. 724 del codice penale, essa ne abbia acquistato uno diverso, ma sempre sufficientemente determinabile ...: cioè, il significato di ‘religione cattolica’, in quanto già religione dello Stato” (sentenza n. 925 del 1988 e ordinanza n. 52 del 1989).

2.2. - Riaffermata così la sopravvivenza dell’incriminazione penale della bestemmia in relazione alla “religione dello Stato”, formula da intendersi - nei limiti che saranno appresso precisati - senza possibilità di dubbio o oscillazione come religione cattolica, la questione di legittimità costituzionale dell’art. 724, primo comma, del codice penale deve essere esaminata rispetto agli altri parametri costituzionali invocati.

3.1. - L’esame della legittimità costituzionale del reato di bestemmia previsto dall’art. 724, primo comma, del codice penale, con riferimento al principio di uguaglianza senza distinzione di religione (art. 3 della Costituzione) e al principio di uguale libertà davanti alla legge di tutte le confessioni religiose (art. 8, primo comma, della Costituzione) presuppone la ricostruzione del bene giuridico protetto dalla norma oggetto di sindacato, a partire dalla concezione originaria del legislatore penale del 1930.

Il riferimento alla religione dello Stato-religione cattolica è il primo elemento di questa ricostruzione. Tale riferimento è generale nelle fattispecie dei reati attinenti alla religione (artt. 402-404: vilipendi variamente caratterizzati, e 724: bestemmia) e si spiega per il rilievo che, nelle concezioni politiche dell’epoca, era riconosciuto al sentimento religioso collettivo cattolico quale fattore di unità morale della nazione. Lo Stato, espressione e garante di tale unità, aveva, comprensibilmente, la “sua” religione ed era interessato a sostenerla e difenderla. Il secondo elemento – che si somma al precedente, senza escluderlo – è rappresentato dalla configurazione del reato di bestemmia congiuntamente alle manifestazioni oltraggiose verso i defunti e dalla sua collocazione nel “titolo” quanto mai eterogeneo delle “contravvenzioni concernenti la polizia dei costumi”, collocazione che giustifica anche per la bestemmia (come per il gioco d’azzardo, gli atti contrari alla pubblica decenza, il turpiloquio, ecc.) una configurazione più riduttiva, come atto di malcostume.

3.2. - In prosieguo, anche in conseguenza dei nuovi principi costituzionali di libertà e di uguaglianza dei cittadini e di laicità dello Stato, il reato di bestemmia è stato sottoposto a una riconsiderazione, i cui punti fondamentali sono rappresentati da altrettante pronunce della Corte costituzionale. Nella sentenza n. 79 del 1958 viene operata una prima conversione del bene giuridico protetto. La religione cattolica è configurata non più come la religione dello Stato in quanto organizzazione politica, ma dello Stato in quanto società: la protezione speciale della “religione dello Stato” si giustificerebbe per “la rilevanza che ha avuto ed ha la religione cattolica in ragione della antica ininterrotta tradizione del popolo italiano, la quasi totalità del quale ad essa sempre appartiene... La norma dell’art. 724 Cod. pen., come altre dello stesso Codice..., si riferisce alla ‘religione dello Stato’ dando rilevanza non già a una qualificazione formale della religione cattolica, bensì alla circostanza che questa è professata nello Stato italiano dalla quasi totalità dei suoi cittadini, e come tale è meritevole di particolare tutela penale, per la maggior ampiezza e intensità delle reazioni sociali naturalmente suscitate dalle offese ad essa dirette”.

Successivamente, con la sentenza n. 14 del 1973, la giurisprudenza della Corte costituzionale va oltre e la religione cattolica come religione della “quasi totalità” degli italiani viene sostituita – come oggetto della tutela penale – dal “sentimento religioso”, elemento base della libertà di religione che la Costituzione riconosce a tutti. Si apre così, attraverso il riferimento al concetto di sentimento religioso, una

prospettiva che investe l'atteggiamento dell'ordinamento verso tutte le religioni e i rispettivi credenti e va quindi al di là del riferimento alla sola religione cattolica. Tuttavia l'espressa limitazione della previsione legislativa alle offese contro la sola religione cattolica è ritenuta dalla Corte, in tale sentenza, ancora giustificata, data "l'ampiezza delle reazioni sociali... della maggior parte della popolazione italiana", ma viene aggiunto un richiamo: che, "per una piena attuazione del principio costituzionale della libertà di religione, il legislatore debba provvedere a una revisione della norma, nel senso di estendere la tutela penale contro le offese del sentimento religioso di individui appartenenti a confessioni diverse da quella cattolica".

Da ultimo, la sentenza n. 925 del 1988, che rappresenta il punto di partenza per l'esame della questione ora riproposta alla Corte costituzionale, dichiara non fondato il dubbio di costituzionalità sulla vigente disciplina della bestemmia, ma in base a diverse affermazioni di principio che accantonano l'argomento numerico, sul quale fino ad allora si era motivato per escludere la violazione del principio di uguaglianza: "la limitazione della previsione legislativa alle offese contro la religione cattolica non può continuare a giustificarsi con l'appartenenza ad essa della "quasi totalità" dei cittadini italiani .. e nemmeno con l'esigenza di tutelare il sentimento religioso della 'maggior parte della popolazione italiana'...: non tanto vi si oppongono ragioni di ordine statistico (comunque sia la religione cattolica resta la più seguita in Italia), quanto ragioni di ordine normativo. Il superamento della contrapposizione fra la religione cattolica, 'sola religione dello Stato', e gli altri culti 'ammessi', sancito dal punto 1 del Protocollo del 1984, renderebbe, infatti, ormai inaccettabile ogni tipo di discriminazione che si basasse soltanto sul maggiore o minore numero degli appartenenti alle varie confessioni religiose". L'abbandono del criterio quantitativo, così argomentato dalla Corte, significa che in materia di religione, non valendo il numero, si impone ormai la pari protezione della coscienza di ciascuna persona che si riconosce in una fede, quale che sia la confessione religiosa di appartenenza. Il primo comma dell'art. 8 della Costituzione trova così la sua piena valorizzazione.

Il riconoscimento da parte della sentenza n. 925 del 1988 della disparità di disciplina, derivante dalla "perdurante limitazione insita nel dettato dell'art. 724", è dunque inevitabile, ma si afferma che la norma "possa trovare tuttora un qualche fondamento nella constatazione, sociologicamente rilevante, che il tipo di comportamento vietato dalla norma impugnata concerne un fenomeno di malcostume divenuto da gran tempo cattiva abitudine per molti", aggiungendosi peraltro che incombe sul legislatore "l'obbligo di addivenire ad una revisione della fattispecie". La Corte costituzionale ha così nuovamente definito i beni protetti dalla norma del codice penale (beni attinenti l'uno alla religione e l'altro al buon costume) e ha ritenuto, per il momento e in attesa dell'intervento del legislatore, che le esigenze di tutela del secondo bene portassero ad escludere la declaratoria di incostituzionalità della norma, pur difettosa sul piano della tutela del primo, in ragione dell'imperativo di uguaglianza.

3.3. - Nella riconsiderazione della questione di legittimità costituzionale dell'art. 724, primo comma, del codice penale cui l'ordinanza del Tribunale di Milano chiama la Corte costituzionale, devono essere tenuti fermi due punti essenziali, affermati nell'ultima giurisprudenza ora richiamata: l'irrelevanza del criterio numerico nelle valutazioni costituzionali in nome dell'uguaglianza di religione e l'appartenenza della norma sanzionatrice della bestemmia (anche) all'ambito dei reati che attengono alla religione.

In particolare, non può essere condivisa la tendenza - risultante da alcune pronunce della giurisprudenza penale di legittimità e di merito - volta ad attrarre senza

residui la norma dell'art. 724 del codice penale solo all'ambito dei reati di malcostume. Di tale norma, infatti, si perderebbe la ragione d'essere caratteristica - cioè la sua attinenza alla protezione della sfera della religione - una volta che la si volesse intendere nell'ambito esclusivo della maleducazione verbale. Contro, stanno la sua origine, il riferimento testuale alla "religione dello Stato", poi mutato in riferimento alla religione cattolica, e la sua collocazione sistematica accanto alla disposizione che punisce il turpiloquio non ulteriormente qualificato (art. 726, secondo comma, del codice penale). Si potrà dire che la bestemmia - anche per la nostra legislazione - è un atto di inciviltà nei rapporti della vita sociale che non colpisce necessariamente soltanto i credenti, ma non si può trascurare che esso è caratterizzato dal suo attenersi alla sfera della religione. La religione e i credenti sono pur sempre cose diverse dalla buona creanza e dagli uomini di buona creanza.

Per questa ragione, i parametri costituzionali invocati - l'uguaglianza di fronte alla legge senza discriminazioni di religione (art. 3) e l'uguale libertà di tutti i culti (art. 8, primo comma) - sono pertinenti. Da essi deve trarsi ora la conseguenza della declaratoria d'incostituzionalità della norma che punisce la bestemmia, in quanto differenzia la tutela penale del sentimento religioso individuale a seconda della fede professata. A tale declaratoria, la sentenza n. 925 del 1988 non era per il momento pervenuta, in attesa di un intervento del legislatore penale (già auspicato fin dalla sentenza n. 14 del 1973) che valesse a sanare la discriminazione tra fedeli di diverse confessioni religiose. La perdurante inerzia del legislatore non consente - dopo sette anni dall'ultima sentenza, ribadita nei suoi contenuti dall'ordinanza n. 52 del 1989 - di protrarre ulteriormente l'accertata discriminazione, dovendosi affermare la preminenza del principio costituzionale di uguaglianza in materia di religione su altre esigenze - come quella del buon costume tutelato dall'art. 724 - pur apprezzabili ma di valore non comparabile.

3.4. - La dichiarazione d'incostituzionalità dell'art. 724, primo comma, del codice penale deve tuttavia essere circoscritta alla sola parte nella quale esso comporta effettivamente una lesione del principio di uguaglianza. La fattispecie dell'art. 724, primo comma, del codice penale è scindibile in due parti: una prima, riguardante la bestemmia contro la Divinità, indicata senza ulteriori specificazioni e con un termine astratto, ricomprendente sia le espressioni verbali sia i segni rappresentativi della Divinità stessa, il cui contenuto si presta a essere individuato in relazione alle concezioni delle diverse religioni; una seconda, riguardante la bestemmia contro i Simboli o le Persone venerati nella religione dello Stato. La bestemmia contro la Divinità, come anche la dottrina e la giurisprudenza hanno talora riconosciuto, a differenza della bestemmia contro i Simboli e le Persone, si può considerare punita indipendentemente dalla riconducibilità della Divinità stessa a questa o a quella religione, sottraendosi così alla censura d'incostituzionalità. Del resto, dal punto di vista puramente testuale, ancorché la formula dell'art. 724 possa indurre alla riconduzione unitaria delle nozioni di Divinità, Simboli e Persone nella tutela penalistica accordata alla sola "religione dello Stato", è da notarsi che, in senso stretto, il termine "venerati", impiegato nell'art. 724, è propriamente riferibile ai soli Simboli e Persone. Cosicché, dovendosi ritenere che il legislatore abbia fatto uso preciso e consapevole delle espressioni impiegate, il riferimento alla "religione dello Stato" può valere soltanto per i Simboli e le Persone.

La norma impugnata si presta così ad essere divisa in due parti. Una parte - esclusa restando ogni valenza additiva della presente pronuncia, di per sé preclusa dalla particolare riserva di legge in materia di reati e di pene - si sottrae alla censura

di incostituzionalità, riguardando la bestemmia contro la Divinità in genere e così proteggendo già ora dalle invettive e dalle espressioni oltraggiose tutti i credenti e tutte le fedi religiose, senza distinzioni o discriminazioni, nell'ambito – beninteso – del concetto costituzionale di buon costume (artt. 19 e 21, sesto comma, della Costituzione). L'altra parte della norma dell'art. 724 considera invece la bestemmia contro i Simboli e le Persone con riferimento esclusivo alla religione cattolica, con conseguente violazione del principio di uguaglianza. Per questa parte, delle due possibilità di superamento del vizio rilevato: l'annullamento della norma incostituzionale per difetto di generalità e l'estensione della stessa alle fedi religiose escluse, alla Corte costituzionale è data soltanto la prima, a causa del predetto divieto di decisioni additive in materia penale.

La scelta attuale del legislatore di punire la bestemmia, una volta depurata del suo riferimento ad una sola fede religiosa, non è dunque di per sé in contrasto con i principi costituzionali, tutelando in modo non discriminatorio un bene che è comune a tutte le religioni che caratterizzano oggi la nostra comunità nazionale, nella quale hanno da convivere fedi, culture e tradizioni diverse.

PQM

La Corte Costituzionale

Dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 724, primo comma, del codice penale, limitatamente alle parole: "o i Simboli o le Persone venerati nella religione dello Stato".

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 18 ottobre 1995.

Corte Costituzionale, 14-novembre-1997, n. 329

Reati in genere – offesa alla religione dello stato mediante vilipendio di cose – sanzione penale: reclusione da uno a tre anni – disparità rispetto al trattamento sanzionatorio meno gravoso previsto nel caso di delitti contro i culti ammessi dallo stato – lesione del principio di eguale libertà delle confessioni religiose – riferimento alla sentenza della corte costituzionale n. 440/1995 – Illegittimità costituzionale parziale

È costituzionalmente illegittimo, per violazione degli artt. 3, comma 1, e 8, comma 1, Cost., l'art. 404, comma 1, cod. pen., nella parte in cui prevede la pena della reclusione da uno a tre anni, anziché la pena diminuita prevista dall'art. 406 cod. pen., sia perchè, nella visione costituzionale attuale, la 'ratio' differenziatrice – che ispirò il legislatore del 1930 con il riconoscimento alla Chiesa e alle religioni cattoliche di un valore politico, quale fattore di unità morale della nazione – non vale più oggi, quando la Costituzione esclude che la religione possa considerarsi strumentalmente rispetto alle finalità dello Stato e viceversa; sia perchè, in attuazione del principio costituzionale della laicità e non confessionarietà dello Stato – che non significa indifferenza di fronte all'esperienza religiosa, ma comporta equidistanza e imparzialità della legislazione rispetto a tutte le confessioni religiose – la protezione del sentimento religioso è venuta ad assumere il significato di un corollario del diritto costituzionale di libertà di religione, corollario che, naturalmente, deve abbracciare allo stesso modo l'esperienza religiosa di tutti coloro che la vivono, nella sua dimensione individuale e comunitaria, indipendentemente dai diversi contenuti di fede delle diverse confessioni; sia, infine, perchè il richiamo alla cosiddetta coscienza sociale – quale criterio di giustificazione di differenze fra confessioni religiose operate dalla legge – se può valere come argomento di apprezzamento delle scelte del legislatore sotto il profilo della loro ragionevolezza, è viceversa vietato laddove la Costituzione, nell'art. 3, comma 1, stabilisce espressamente il divieto di discipline differenziate in base a determinati elementi distintivi, tra i quali sta per l'appunto la religione, e cioè che la protezione del sentimento religioso, quale aspetto del diritto costituzionale di libertà religiosa, non è divisibile.

La Corte Costituzionale ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 404 del codice penale, promosso con ordinanza emessa il 6 dicembre 1995 dal pretore di Trento, sezione distaccata di Borgo Valsugana, nel procedimento penale a carico di Luciani Carlo ed altro, iscritta al n. 529 del registro ordinanze 1996 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 25, prima serie speciale, dell'anno 1996;

Udito nella camera di consiglio del 12 marzo 1997 il giudice relatore Gustavo Zagrebelsky.

FATTO

(Omissis...)

DIRITTO

1. - Il pretore di Trento solleva una questione costituzionale di uguaglianza in materia di religione, relativamente all'art. 404, primo comma, del codice penale che punisce con la reclusione da uno a tre anni "chiunque, in un luogo destinato al culto, o in un luogo pubblico o aperto al pubblico, offende la religione dello Stato, mediante vilipendio di cose che formino oggetto di culto, o siano consacrate al culto, o siano destinate necessariamente all'esercizio del culto", mentre l'art. 406 del codice penale stabilisce che "la pena è diminuita" qualora il medesimo fatto sia commesso contro un "culto ammesso nello Stato". Tale diversità di pena nella quale si incorre a seconda che l'offesa riguardi la "religione dello Stato" ovvero un "culto ammesso", viola, ad avviso del giudice rimettente, gli artt. 3, primo comma, e 8, primo comma, della Costituzione, i quali proclamano rispettivamente la pari dignità e l'uguaglianza di tutti i cittadini, senza distinzione di religione, e l'uguale libertà di tutte le confessioni davanti alla legge.

2. - La questione è fondata.

Le norme richiamate prevedono una diversa sanzione penale per il medesimo fatto di reato, qualora esso sia commesso contro quella che il codice penale, in mancanza di una riforma, denomina tuttora anacronisticamente (si veda il punto 1 del protocollo addizionale dell'accordo di modifica del Concordato lateranense, recepito con legge 25 marzo 1985 n. 121) la "religione dello Stato" - formula che, alla stregua della sentenza n. 925 del 1988 di questa Corte, deve riferirsi alla religione cattolica, in quanto già religione dello Stato - ovvero sia commesso contro un "culto ammesso nello Stato" - espressione anch'essa fuori tempo, dovendosi intendere nel senso di comprendere tutte le "confessioni religiose", diverse da quella cattolica, che rientrano nella protezione dell'art. 8 della Costituzione.

Tale diversità è stata di volta in volta giustificata con argomenti non più idonei a consentirne il mantenimento nell'attuale ordinamento alla stregua degli invocati principi costituzionali.

Secondo la visione nella quale si mosse il legislatore del 1930, alla Chiesa e alla religione cattoliche era riconosciuto un valore politico, quale fattore di unità morale della nazione. Tale visione, oltre a trovare riscontro nell'espressione "religione dello Stato", stava alla base delle numerose norme che, anche al di là dei contenuti e degli obblighi concordatari, dettavano discipline di favore a tutela della religione cattolica, rispetto alla disciplina prevista per le altre confessioni religiose, ammesse nello Stato. Questa ratio differenziatrice certamente non vale più oggi, quando la Costituzione esclude che la religione possa considerarsi strumentalmente rispetto alle finalità dello Stato e viceversa (sentenze n. 334 del 1996 e n. 85 del 1963, nonché n. 203 del 1989).

La giurisprudenza di questa Corte, fin dalle sue prime decisioni, ha infatti posto a fondamento, quale oggetto di tutela penale da parte delle norme in questione, il sentimento religioso, non quale interesse dello Stato ma quale "interesse, oltre che del singolo, della collettività" (sentenza n. 125 del 1957). Nell'ambito della protezione di tale interesse collettivo, peraltro, fu riconosciuta la speciale preminenza della religione cattolica rispetto alle altre religioni e su questa base venne quindi giustificata la tutela penale della prima, rafforzata rispetto a quella offerta alle seconde, ritenendosi che da ciò non derivasse alcun limite al libero esercizio dei culti o alla condizione giuridica

dei credenti (sentenza n. 125 citata). Valse allora come argomento la considerazione che la religione cattolica è, per antica e ininterrotta tradizione, quella professata dalla “quasi totalità” dei cittadini (così, ancora, la già ricordata sentenza n. 125 del 1957 e le sentenze n. 79 del 1958 e n. 14 del 1973).

Tale criterio, quale giustificazione di discipline differenziate in ordine alla protezione penale del sentimento religioso, è stato successivamente abbandonato dalla giurisprudenza di questa Corte. Nella sentenza n. 925 del 1988, in tema di reato di bestemmia, si è affermato che “il superamento della contrapposizione fra la religione cattolica, “sola religione dello Stato”, e gli altri culti “ammessi”, sancito dal punto 1 del protocollo del 1984” rende “ormai inaccettabile ogni tipo di discriminazione che si” basi “soltanto sul maggiore o minore numero degli appartenenti alle varie confessioni religiose”. E, da ultimo, nella sentenza n. 440 del 1995, si è precisato che “l’abbandono del criterio quantitativo significa che in materia di religione, non valendo il numero, si impone ormai la pari protezione della coscienza di ciascuna persona che si riconosce in una fede, quale che sia la confessione religiosa di appartenenza”. In tal modo, la protezione del sentimento religioso è venuta ad assumere il significato di un corollario del diritto costituzionale di libertà di religione, corollario che, naturalmente, deve abbracciare allo stesso modo l’esperienza religiosa di tutti coloro che la vivono, nella sua dimensione individuale e comunitaria, indipendentemente dai diversi contenuti di fede delle diverse confessioni. Il superamento di questa soglia attraverso valutazioni e apprezzamenti legislativi differenziati e differenziatori, con conseguenze circa la diversa intensità di tutela, infatti, inciderebbe sulla pari dignità della persona e si porrebbe in contrasto col principio costituzionale della laicità o non-confessionalità dello Stato, affermato in numerose occasioni da questa Corte (sentenze n. 203 del 1989, n. 259 del 1990 e n. 195 del 1993): principio che, come si ricava dalle disposizioni che la Costituzione dedica alla materia, non significa indifferenza di fronte all’esperienza religiosa ma comporta equidistanza e imparzialità della legislazione rispetto a tutte le confessioni religiose.

L’evoluzione della giurisprudenza costituzionale rende infine improprio il riferimento, quale criterio giustificativo della differenziazione operata dalla legge, alla presumibile “maggiore ampiezza e intensità delle reazioni sociali che suscitano le offese” alla religione cattolica, criterio talora utilizzato in passato congiuntamente a quello quantitativo (sentenze n. 79 del 1958, n. 39 del 1965 e n. 14 del 1973). Il richiamo alla cosiddetta coscienza sociale, se può valere come argomento di apprezzamento delle scelte del legislatore sotto il profilo della loro ragionevolezza, è viceversa vietato là dove la Costituzione, nell’art. 3, primo comma, stabilisce espressamente il divieto di discipline differenziate in base a determinati elementi distintivi, tra i quali sta per l’appunto la religione. Tale divieto vale a dire che la protezione del sentimento religioso, quale aspetto del diritto costituzionale di libertà religiosa, non è divisibile. Ogni violazione della coscienza religiosa è sempre violazione di quel bene e di quel diritto nella loro interezza e tale dunque da riguardare tutti allo stesso modo, indipendentemente dalla confessione religiosa cui eventualmente si appartenga, cosicché non è possibile attribuire rilevanza, in vista della disciplina giuridica, all’esistenza di reazioni sociali differenziate. Diversamente ragionando, si finirebbe per rendere ce-devole la garanzia costituzionale dell’uguaglianza rispetto a mutevoli e imprevedibili atteggiamenti della società. Se si considera inoltre che tanta maggior forza tali reazioni assumono quanto più grande è la loro diffusione nella società, si comprende la contraddizione insita nel subordinare a esse la garanzia dell’uguaglianza, una garanzia che, rispetto ad alcuni potenziali fattori di disuguaglianza (tra i quali la religione),

concorre alla protezione delle minoranze.

È significativo, a questo riguardo, che esplicite rivendicazioni di uguaglianza di trattamento in questa materia si trovino oggi espresse in intese stipulate dallo Stato con varie confessioni religiose minoritarie e tradotte in legge dello Stato. Vi può essere la richiesta di una generale disciplina equiparatrice (come è il caso dell'art. 1, comma 4, dell'intesa con l'Unione delle comunità ebraiche italiane del 27 febbraio 1989, recepito nell'art. 4 della legge 8 marzo 1989, n. 101, secondo il quale "è assicurata in sede penale la parità di tutela del sentimento religioso"), ovvero dell'eliminazione altrettanto generalizzata di ogni protezione penale speciale diretta del sentimento religioso (come è il caso, invece, dell'art. 4 dell'intesa con la Tavola Valdese del 21 febbraio 1984; del Preambolo all'Intesa con le Assemblee di Dio in Italia del 29 dicembre 1986; del Preambolo all'intesa con l'Unione Cristiana Evangelica Battista d'Italia del 29 marzo 1993): in ogni caso, vi è convergenza nella rivendicazione di uguaglianza nel trattamento di fronte alla legge penale.

3. - Gli argomenti portati a sostegno della differenza di disciplina posta dagli artt. 404 e 406 cod. pen. risultano pertanto tutti superati, con la conseguenza che tale differenza si rivela essere un'inammissibile discriminazione.

A questa Corte, nell'ambito dei propri poteri, compete porre rimedio a essa soltanto riconducendo a uguaglianza la quantificazione della sanzione penale, attraverso la dichiarazione di incostituzionalità dell'impugnato primo comma dell'art. 404 cod. pen. nella parte in cui prevede una pena eccedente quella diminuita, comminata per il fatto previsto dall'art. 406. Esula invece dalla giurisdizione costituzionale ogni affermazione circa la natura della previsione di cui all'art. 406, in rapporto a quella dell'art. 404 cod. pen., nonché circa le modalità di determinazione della misura della pena diminuita, prevista dallo stesso art. 406.

PQM

La Corte Costituzionale

Dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 404, primo comma, del codice penale, nella parte in cui prevede la pena della reclusione da uno a tre anni, anziché la pena diminuita prevista dall'art. 406 del codice penale.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 10 novembre 1997.

Corte Costituzionale, 18-aprile-2005, n. 168

Reati e pene - offese alla religione cattolica mediante vilipendio di chi la professa o di un ministro del culto - pena della reclusione rispettivamente fino a due anni e da uno a tre anni, anziché la pena diminuita prevista per analoghi reati contro gli altri culti ammessi nello stato - disparità di trattamento tra la religione cattolica e le altre religioni, lesione del principio di imparzialità ed equidistanza dello stato verso tutte le religioni - illegittimità costituzionale 'in parte qua'.

È costituzionalmente illegittimo l'art. 403, primo e secondo comma, del codice penale, nella parte in cui prevede, per le offese alla religione cattolica mediante vilipendio di chi la professa o di un ministro del culto, la pena della reclusione rispettivamente fino a due anni e da uno a tre anni, anziché la pena diminuita stabilita dall'art. 406 dello stesso codice. Le esigenze costituzionali di eguale protezione del sentimento religioso che sottostanno alla equiparazione del trattamento sanzionatorio per le offese recate sia alla religione cattolica, sia alle altre confessioni religiose, già affermate nelle sentenze n. 329 del 1997 e n. 327 del 2002, riconducibili, da un lato, al principio di eguaglianza davanti alla legge senza distinzione di religione sancito dall'art. 3 Cost., e, dall'altro, al principio di laicità o non-confessionalità dello Stato, che implica, tra l'altro, equidistanza e imparzialità verso tutte le religioni, valgono anche in relazione all'art. 403 cod. pen., il quale, nel sanzionare le offese recate alla religione cattolica mediante vilipendio di chi la professa o di un ministro del culto in modo più grave di quelle recate a culti diversi da quello cattolico, risulta connotato da una inammissibile discriminazione» sanzionatoria tra la religione cattolica e le altre confessioni religiose. - Sul principio di laicità o non-confessionalità dello Stato, v. le citate sentenze nn. 203/1989, 259/1990, 195/1993, 329/1997, 508/2000 e 327/2002. - Per la dichiarazione di illegittimità costituzionale di diverse disposizioni del codice penale che prevedevano per le offese alla religione cattolica una tutela sanzionatoria più grave di quella prevista per le medesime condotte in danno delle altre confessioni religiose.

La Corte Costituzionale ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 403, primo e secondo comma, del codice penale, promosso, nell'ambito di un procedimento penale, dal Tribunale di Verona con ordinanza del 16 marzo 2004, iscritta al n. 628 del registro ordinanze del 2004 e pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica n. 28, prima serie speciale, dell'anno 2004.

Visto l'atto di costituzione dell'imputato nel processo *a quo*;
udito nell'udienza pubblica del 22 marzo 2005 il Giudice relatore Guido Neppi Modona;
udito l'avvocato Ugo Fanuzzi per l'imputato.

FATTO

(Omissis...)

DIRITTO

1. - Il Tribunale di Verona solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 403, comma primo e secondo, del codice penale (Offese alla religione dello Stato mediante vilipendio di persone), in quanto punisce con la reclusione fino a due anni chi offende la religione «mediante vilipendio di chi la professa» (primo comma) e con la reclusione da uno a tre anni chi commette il fatto «mediante vilipendio di un ministro del culto cattolico» (secondo comma), mentre l'art. 406 cod. pen. prevede che «la pena è diminuita» qualora i medesimi fatti sono commessi «contro un culto ammesso nello Stato».

Premesso che a seguito delle modifiche al Concordato lateranense, recepite con legge 25 marzo 1985, n. 121, è venuto meno il principio secondo cui la religione cattolica è la sola religione dello Stato, e che pertanto in luogo di religione dello Stato deve leggersi religione cattolica e in luogo di culti ammessi religioni diverse da quella cattolica, il Tribunale rimettente rileva che il più grave trattamento sanzionatorio riservato alle offese alla religione cattolica determina una «inammissibile discriminazione» nei confronti delle altre confessioni religiose, in violazione degli artt. 3, primo comma, e 8, primo comma, della Costituzione, che sanciscono, rispettivamente, i principi dell'eguaglianza di tutti i cittadini davanti alla legge senza distinzione di religione e dell'eguale libertà di tutte le religioni davanti alla legge.

2. - Preliminarmente, si deve precisare che la questione va esaminata entro i limiti del *thema decidendum* individuati dall'ordinanza di rimessione (v. sentenze numeri 405 e 49 del 1999, n. 63 del 1998 e n. 79 del 1996). Rimane perciò estranea al presente giudizio la richiesta, prospettata dalla parte privata, di dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'intera norma incriminatrice, in quanto volta ad introdurre un tema del tutto nuovo rispetto a quello devoluto dal giudice *a quo*.

3. - La questione è fondata.

4. - Nell'ultimo decennio questa Corte, ripetutamente chiamata a pronunciarsi sulla tutela penale del sentimento religioso, ha preso in esame, per quanto qui specificamente interessa, le fattispecie incriminatrici previste dagli artt. 402, 404 e 405 cod. pen., accogliendo, in riferimento agli artt. 3 e 8 Cost., le questioni di legittimità costituzionale sollevate per disparità di trattamento tra la religione cattolica e le altre religioni.

In ordine di tempo, con la sentenza n. 329 del 1997 la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 404, primo comma, cod. pen. (Offese alla religione dello Stato mediante vilipendio di cose), nella parte in cui prevede «la pena della reclusione da uno a tre anni, anziché la pena diminuita prevista dall'art. 406 del codice penale» per i medesimi fatti commessi nei confronti di un culto ammesso nello Stato; con la sentenza n. 508 del 2000 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 402 cod. pen. (Vilipendio della religione dello Stato), eliminando dall'ordinamento la fattispecie incriminatrice, in quanto il rispetto della riserva assoluta di legge in materia penale non avrebbe consentito di estendere ai «culti ammessi» la tutela predisposta dalla norma censurata solo nei confronti della religione cattolica; infine, con la sentenza n. 327 del 2002 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 405 cod. pen. (Turbamento di funzioni religiose del culto cattolico), nella parte in cui per tali fatti «prevede pene più gravi, anziché le pene diminuite stabilite dall'articolo 406 del codice penale per gli stessi fatti commessi contro gli altri culti».

Le esigenze costituzionali di eguale protezione del sentimento religioso che sottostanno alla equiparazione del trattamento sanzionatorio per le offese recate sia alla religione cattolica, sia alle altre confessioni religiose, già affermate da questa Corte nelle sentenze n. 329 del 1997 e n. 327 del 2002, sono riconducibili, da un lato, al principio di eguaglianza davanti alla legge senza distinzione di religione sancito dall'art. 3 Cost., dall'altro al principio di laicità o non-confessionalità dello Stato (per cui vedi sentenze n. 203 del 1989, n. 259 del 1990, n. 195 del 1993, n. 329 del 1997, n. 508 del 2000, n. 327 del 2002), che implica, tra l'altro, equidistanza e imparzialità verso tutte le religioni, secondo quanto disposto dall'art. 8 Cost., ove è appunto sancita l'eguale libertà di tutte le confessioni religiose davanti alla legge.

Tali esigenze sono evidentemente presenti anche in relazione alla attuale questione di legittimità costituzionale, che riguarda l'unica fattispecie incriminatrice tra quelle contemplate dal capo dei delitti contro il sentimento religioso che ancora prevede un trattamento sanzionatorio più severo ove le offese siano recate alla religione cattolica.

Poiché tutte le norme del capo in esame si riferiscono al medesimo bene giuridico del sentimento religioso, che l'art. 403 cod. pen. tutela in caso di offese recate alla religione cattolica mediante vilipendio di chi la professa o di un ministro del culto, anche tale norma appare connotata dalla «inammissibile discriminazione» sanzionatoria tra la religione cattolica e le altre confessioni religiose ripetutamente dichiarata costituzionalmente illegittima da questa Corte.

Si impone pertanto, in riferimento agli artt. 3, primo comma, e 8, primo comma, Cost., la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 403, primo e secondo comma, cod. pen., nella parte in cui prevede, per le offese alla religione cattolica mediante vilipendio di chi la professa o di un ministro del culto, la pena della reclusione rispettivamente fino a due anni e da uno a tre anni, anziché la pena diminuita stabilita dall'art. 406 dello stesso codice.

PQM

La Corte Costituzionale

dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 403, primo e secondo comma, del codice penale, nella parte in cui prevede, per le offese alla religione cattolica mediante vilipendio di chi la professa o di un ministro del culto, la pena della reclusione rispettivamente fino a due anni e da uno a tre anni, anziché la pena diminuita stabilita dall'art. 406 dello stesso codice.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 18 aprile 2005.

L'affaire di Scientology. La legittimazione in via giudiziaria di una confessione religiosa nelle moderne società democratiche e nella protezione 'europea' della libertà di religione

GERMANA CAROBENE

1. Evoluzione delle dinamiche Stato

Il dibattito dottrinario e giurisprudenziale collegato all'identificazione pubblica dei culti religiosi ma, soprattutto, dei diritti collegati a tale riconoscimento, si delinea in forme sempre più stratificate con particolare riferimento alla confessione di Scientology le cui vicende giudiziarie hanno portato ad un progressivo interessamento dell'opinione pubblica ed hanno prodotto una serie di pronunce giurisprudenziali a livello nazionale – dall'Italia, alla Francia e alla Germania sino all'ultima, della Spagna – ed anche un recente intervento del supremo organo europeo.

La questione giuridica, discussa dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo, e decisa il 5 aprile 2007, ha origine da un ricorso presentato dalla Chiesa di Scientology di Mosca contro il diniego del Dipartimento di Giustizia della stessa città di registrarla nell'albo degli enti religiosi¹. È da osservare che tale chiesa era stata registrata originariamente nel 1994 ma, a seguito di un cambiamento della legge del 1990, aveva dovuto depositare una nuova richiesta di registrazione, rifiutata dalle autorità russe. Contro tali inique ed ingiustificate decisioni è stata proposta una denuncia alla Corte Europea per violazione degli artt. 9 e 11 della Convenzione che ha sovvertito le decisioni degli organi nazionali e non ha ritenuto le misure adottate 'necessarie in una società democratica'.

Il supremo organo europeo, nella sua decisione, si è riferito ad una consolidata giurisprudenza che sancisce, come ribadito nell'articolo 9, che le libertà di pensiero, coscienza e religione costituiscono le fondamenta di una 'società democratica', così come sono intese dalla Convenzione del 1950². La compressione o limitazione di tali fondamentali diritti può essere legittimamente invocata solo nelle ipotesi in cui si tratti di 'strumenti necessari', così come minutamente delineato dal secondo comma dello stesso art. 9.

¹ European Court of Human Rights, first section, case Church of Scientology Moscow v. Russia, no. 18147/02, 5 April 2007, in *Diritto e Religioni*, 2007, 2, pp. 663 -679.

² Sentenza della Corte Europea, cit. par. 71: "The Court refers to its settled case-law to the effect that, as enshrined in Article 9, freedom of thought, conscience and religion is one of the foundations of a "democratic society" within the meaning of the Convention. It 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".

È da sottolineare che l'Assemblea della Federazione Russa, la Duma, ha approvato, nel 1997, una nuova legge 'sulla libertà di coscienza e sulle associazioni religiose'³ sostitutiva dell'analoga normativa approvata nel 1990, durante il periodo della guida di Gorbaciov all'Unione sovietica⁴. Questa legge, al di là delle previsioni, ha limitato fortemente la libertà religiosa nel suo pieno dispiegarsi favorendo, in forma evidente, la Chiesa ortodossa russa⁵, sia pur riconoscendo l'importanza di alcune delle altre grandi confessioni religiose esistenti e strutturate all'interno del Paese. Risultano altresì limitati i diritti degli ortodossi che non riconoscono il Patriarcato di Mosca, dei cristiani non ortodossi e degli appartenenti alle 'nuove confessioni religiose'. Detta legge ha assicurato, in forma evidente, innumerevoli vantaggi al Patriarcato di Mosca, desideroso di rinsaldare i legami con il potere politico, rafforzando la propria posizione di predominio ed evitando un'apertura verso le minoranze religiose. Ha favorito, inoltre, i rappresentanti del potere che vagheggiavano un'ideologia nazionale unica, in grado di riunire insieme 'ortodossia', 'spirito nazionale', e 'autocrazia', compiendo un pericoloso passo indietro nel tempo.

È noto, infatti, che la conversione al cristianesimo rappresentò una svolta importante nella storia del primo Stato russo, la cosiddetta Rus' di Kiev, poiché significò l'entrata nell'ecumene cristiano orientale e, più in generale, negli Stati europei⁶. La realizzazione della società cristiana ha avuto alla sua base l'adesione al *Syntagma dei quattordici titoli*, una raccolta di diritto canonico che introdusse in Russia non soltanto le disposizioni del diritto bizantino, ma soprattutto l'ideologia politica di questo impero, basata sul concetto della necessaria collaborazione tra il potere spirituale e quello temporale, in netta opposizione, quindi, con i principi proclamati, nello stesso periodo storico, dai cristiani di occidente. L'esistenza di una metropoli ortodossa si rivelò, inoltre, strettamente funzionale al mantenimento di un omogeneo carattere etnico-culturale ai tanti principati sottomessi, per un arco temporale di quasi due secoli, al dominio tartarico⁷. A partire dalla metà del Quattrocento, a seguito della caduta di Costantinopoli sotto il dominio turco, i metropolitani non avevano ricevuto

³ La legge sulle associazioni religiose del 19 settembre 1997 è stata pubblicata su *Il Regno - documenti*, n. 19, a. XLII, n. 802, 1 nov. 1997.

⁴ Cfr. GERMANA CAROBENE, *La recente legge sovietica sulla libertà di coscienza e organizzazioni religiose*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1991, 2-3, pp. 428-452.

⁵ Nel suo Preambolo, infatti, si legge: "riconoscendo lo speciale contributo dell'ortodossia alla storia della Russia e alla formazione e allo sviluppo della spiritualità e della cultura russe". Tale affermazione non sembra completamente mitigata da quella immediatamente successiva: "nel rispetto del cristianesimo, dell'islam, del buddhismo, dell'ebraismo e delle altre religioni e culti che costituiscono una parte ineliminabile del patrimonio storico del popolo russo".

⁶ Cfr. A.M. AMMAN S.J., *Storia della Chiesa Russa e dei Paesi limitrofi*, Torino, 1948. Ma anche VALENTIN GITERMANN, *Storia della Russia*, Firenze, 1973, vol. I, p. 46 ss. sottolinea "il fatto che il cristianesimo fu accolto dai Russi nella forma della confessioni greco-ortodossa è cosa che ha contribuito in maniera essenziale per secoli ad isolare la Russia dall'Europa romano-cattolica, e più tardi dall'Europa protestante" (p. 50).

⁷ VALENTIN GITERMANN, *op. cit.*, p. 104 ss. Sottolinea che una "posizione privilegiata godette sotto il dominio tartarico la Chiesa russa. Ciò nasceva da tutta la politica religiosa dei Mongoli, che miravano alla potenza e alla ricchezza, non alla conversione di chi pensava diversamente da loro. Erano loro soggetti numerosi popoli di credenze diverse, ed essi li trattavano tutti secondo il principio della più illimitata tolleranza".

più la loro nomina dal patriarca di tale ultima città e si erano definiti ‘di Mosca e di tutta la Russia’⁸, originando così il processo di autocefalia, prodromico alla nascita dell’autonomo Patriarcato di Mosca⁹, avvenuta nel 1589. La potenza di tale Chiesa portò, nei due secoli successivi, al riassorbimento nel suo gruppo, ormai il più imponente delle chiese russe, dei cristiani dell’Ucraina e Lituania, ortodossi, uniati – cattolici di rito greco – e persino parte dei cattolici di rito latino. La separazione politica e religiosa portò, tuttavia, delle conseguenze che sono recentemente riemerse nella storia di questo Paese, e soprattutto, l’individuazione di tre diversi gruppi etnici: i grandi russi, i russi bianchi e gli ucraini. L’incoronazione imperiale del 1547 e la trasformazione della cattedra metropolitana in Patriarcato del 1589, testimoniano la potenza delle due forze centripete, ambedue tendenti alla formazione di uno Stato centralizzato. Dall’idea della stretta collaborazione trono – altare si è sviluppata, dunque, la teoria di Mosca come ‘terza Roma’¹⁰.

Nel periodo rivoluzionario si pose un’altra pietra miliare con la promulgazione dell’Editto della tolleranza del 17 aprile 1905 il quale, introducendo la libertà di coscienza e di culto, consentiva a quanti desiderassero abbandonare la Chiesa sinodale di non perdere i diritti civili, oltre a sancire la parità dei diritti per gli appartenenti ad altre confessioni religiose. La costituzione dello Stato sovietico portò, il 23 gennaio 1918, alla promulgazione di un decreto sulla separazione della Chiesa dallo Stato¹¹ che riconosceva a tutti i cittadini la libertà di coscienza, intesa sia come facoltà di professare una fede religiosa ma soprattutto di non professarne affatto e di fare propaganda ateistica. Ebbe così inizio un periodo particolarmente difficile che portò a molteplici tentativi di separazione delle varie chiese, favoriti dal governo del Soviet che, nella divisione delle Chiese ortodosse, intravedeva la possibilità di annientare la Chiesa Patriarcale. La Costituzione del 1977, inoltre, stabilendo l’obbligo del rispetto delle ‘norme di convivenza socialista’¹², aveva trasformato “il diritto all’ateismo in un dovere del *bonus civis* sovietico, nel senso che questo deve attivamente contribuire a curare i credenti dalla malattia della fede religiosa”¹³.

⁸ Nel 1461 la cattedra di Mosca divenne un ingranaggio dello Stato, dipendente dal gran principe di Mosca ed i sovrani moscoviti cominciarono, a partire da Ivan III, a nominare e revocare i metropolitani, secondo una propria, libera, decisione.

⁹ Cfr. JOHANNES CHRYSOSTOMUS, *Le forze religiose nella storia russa*, Brescia, 1962. L’a. sottolinea che “lo spostamento definitivo della sede metropolitana segnò una tappa decisiva nella storia della Chiesa russa perché ne determinò l’ulteriore sviluppo: esso costituiva in certo modo una deviazione dall’orientamento del cristianesimo primitivo del regno Rus’; la chiesa tendeva, infatti, a seguire la sorte del nuovo Stato che era per sorgere, adattandosi alle sue peripezie e assumendosi il grave rischio della subordinazione” (p.46). GIOVANNI CODEVILLA, *Religione e spiritualità in URSS*, Roma, 1981, in particul. pp. 34-35, sottolinea che “in contrapposizione al progressivo accentramento romano, il patriarcato di Costantinopoli si presenta come una pluralità di chiese nazionali che non riconoscono la loro unità nella sottomissione al patriarca, ma nella comune fede e tradizione. . . Si instaura così la tradizione che una Chiesa locale ha diritto all’autocefalia quando una nazione acquista l’indipendenza politica”.

¹⁰ Il suo riconoscimento de iure e il suo posto come quinto dei seggi patriarcali fu ufficializzato solo con il Concilio di Costantinopoli del 1593.

¹¹ In appendice a VALENTIN GITERMANN, *op. cit.*, vol. II, p. 807.

¹² Cfr. art. 59 della stessa: “l’esercizio dei doveri e delle libertà è inseparabile dall’assolvimento dei doveri del cittadino. Il cittadino dell’URSS ha l’obbligo di rispettare la Costituzione dell’URSS, le leggi sovietiche e le norme della convivenza socialista”.

¹³ GIOVANNI CODEVILLA, *op. cit.*, p. 81.

Se è vero, tuttavia, che l'analisi socio-storica ha permesso di evidenziare la frequente utilizzazione della religione quale strumento di legittimazione del potere costituito e di pacificazione delle masse – portandole all'acritica accettazione della propria posizione sociale ed impedendo qualsiasi tentativo di protesta rivoluzionaria – è altresì incontestabile che l'accentuazione di questa tematica può portare a sottovalutare la funzione contestatrice e la capacità delle chiese di porsi quali collettori e garanti dei diritti individuali¹⁴, soprattutto nelle delicate fasi storiche della dittatura e della repressione politica. L'analisi sociologica, compiuta *a posteriori* nei Paesi del blocco comunista ha evidenziato le capacità espressive di questa particolare 'funzione' che ha trasformato le comunità religiose in portavoce della protesta sociale.

Nella fase della perestrojka, il riconoscimento dell'importanza del fenomeno religioso aveva portato all'approvazione di una legge che garantiva la perfetta uguaglianza di tutte le confessioni ed il pieno esercizio del diritto di libertà religiosa. L'ultima legge approvata dalla Duma, al contrario, sembrerebbe voler riportare la tutela della libertà religiosa al periodo della sottomissione della Chiesa al potere temporale¹⁵. In essa, infatti, si afferma che possono essere definite associazioni 'russe' solo quelle che hanno assunto veste legale sul territorio da almeno cinquanta anni – cioè durante la dittatura di Stalin¹⁶, in un periodo in cui la stessa sopravvivenza delle chiese era legata all'accettazione della clandestinità. Il diritto di costituzione di una comunità per motivi religiosi è legato alla presenza fisica dei credenti sul territorio e così un gruppo formatosi in un certo ambito territoriale non può svolgere, al di fuori dello stesso, la sua opera di missione. Un'associazione straniera – e tale è ad esempio considerata, ai sensi della legge, anche la Chiesa Cattolica¹⁷ – ha il diritto di avere una propria rappresentanza ma non potrà svolgere alcun tipo di attività religiosa. Le associazioni locali, a qualsiasi religione appartengono, devono attestare la loro presenza sul

¹⁴ Cfr. JEAN PAUL WILLAIME, *Sociologia delle religioni*, Bologna, 1996. Per l'a. "dichiarando che la miseria religiosa è, da un lato, espressione della miseria reale e, dall'altro, la protesta contro di essa, Marx aveva comunque riconosciuto la dimensione protestataria della religione ma, considerandola come la 'felicità illusoria del popolo', non l'ha mai presa sul serio e ha negato che, in certe circostanze, potesse contribuire alla 'felicità reale' del popolo". Ciò è dovuto, secondo l'a. ai presupposti filosofici che appesantiscono l'analisi marxiana, "infatti, considerando la religione come una realtà sovrastrutturale che ha scarsa autonomia in rapporto alla base materiale della vita sociale, Marx non ha pensato il religioso come sistema simbolico autonomo... ne consegue un ridimensionamento del fatto religioso" (p. 12).

¹⁵ Cfr. ANATOL KRASSKOV, *Sconfitta della libertà e dell'ortodossia*, in *Il Regno – attualità*, 18, a. XLII, n.801, 15 ott. 1997, pp. 538-539 il quale la definisce "un'autentica 'legge truffa' il cui scopo principale consiste nel porre la vita religiosa nel paese sotto il controllo rigoroso da parte dei funzionari in stragrande maggioranza atei che decidevano le sorti dei credenti durante il periodo sovietico". Essa, comunque, statuisce all'art. 4 che "la Federazione Russa è uno stato laico" e "nessuna religione può essere definita di stato... Le associazioni religiose sono separate dallo stato e sono uguali davanti alla legge".

¹⁶ L'art. 8.5 della legge sancisce che "un'organizzazione religiosa centrale, la cui struttura sia stata attiva nel territorio della Federazione Russa, essendo legalmente riconosciuta, per non meno di cinquanta anni, al momento in cui presenta all'organo competente della registrazione la domanda per la registrazione statale, ha il diritto di usare nella propria denominazione le parole 'Russia', 'russo', e parole da queste derivate".

¹⁷ Art. 13.2: "una rappresentanza di un'organizzazione religiosa straniera non può svolgere attività liturgiche o altre attività religiose, e non riceve lo *status* di associazione religiosa".

territorio da almeno quindici anni, cioè dai tempi di Breznev¹⁸. In mancanza di tale riconoscimento non possono svolgere nessun tipo di attività e, se non ottengono una nuova registrazione, sono destinate ad essere “liquidate per via penale”¹⁹.

L'approvazione di questa legge, e l'avallo da parte delle più alte gerarchie della Chiesa ortodossa sembrano evidenziare, dunque, la volontà della stessa di porsi in posizione di supremazia rispetto a tutte le altre confessioni esistenti nel Paese che dopo il crollo del regime sembrano aver acquistato maggiore forza di penetrazione, senza preoccuparsi, tuttavia, della situazione di asservimento al potere temporale che ne deriva e che porta il ruolo della chiesa indietro di secoli nella storia.

Nell'ambito di questa complessa ed articolata fenomenologia storico – giuridica deve essere correttamente inquadrato il caso *de quo* che non concerne una qualsiasi minoranza religiosa ma la Chiesa di Scientology che rappresenta, indubbiamente, uno dei fenomeni più controversi della storia moderna, a partire dalla figura, senza dubbio carismatica, del suo fondatore o ideatore, Ron L. Hubbard e delle sue teorie atte al miglioramento delle condizioni umane – la “dianetica”²⁰. Punto di partenza è un manoscritto distribuito fra gli amici, fotocopiato, che circola rapidamente ovunque, finché, nel 1950, Ron Hubbard s'impegna a scrivere quella che sarà poi considerata la “Bibbia” dei seguaci della Chiesa di Scientology: “Dianetics-la forza del pensiero sul corpo” un libro che diviene un best seller planetario. Ma è l'anno successivo che vede la nascita dell'*Hubbard Association of Scientologists*, a Phoenix, la prima vera sede di quel movimento che, sviluppandosi rapidamente, prima negli U.S.A e in Inghilterra, per poi esplodere in tutto il mondo, diverrà nel 1954 a Los Angeles, la *Chiesa di Scientology*.

Attualmente la Chiesa è costituita autonomamente, ha un proprio consiglio d'amministrazione e dirigenti responsabili del buon andamento sia dell'attività ecclesiastica che di quella associativa. Queste strutture costituiscono un insieme complessivo di oltre duemilatrecento fra chiese, missioni e gruppi. La parola *Scientology*, coniata dal suo fondatore, deriva dal latino *scio* – sapere –, e dal greco *logos* – ragione, in sintesi, dunque, lo ‘studio della conoscenza’ e la cura dello spirito in relazione a se stesso ed a ciò che ci circonda. Non è una religione dogmatica basata sulla fede, poiché con la stessa si può scoprire la realtà da sé, osservando i risultati dell'applicazione dei suoi principi. Essa, infatti, si propone di fornire risposte precise a molte domande, in maniera concreta²¹. Hubbard riteneva di aver trovato i mezzi per sviluppare

¹⁸ Per la costituzione di organizzazioni religiose locali è necessario che il gruppo religioso risulti esistente “nel territorio per non meno di quindici anni” oppure faccia parte di un'organizzazione religiosa centrale: art. 9.1.

¹⁹ Art. 26 della legge.

²⁰ La parola *Dianetics* rappresenta “ciò che l'anima fa al corpo” e deriva dai vocaboli greci *dia* e *nous* che significano rispettivamente ‘attraverso’ e ‘anima’. La religione di Scientology considera che l'entità spirituale sia l'individuo stesso e mira al raggiungimento della sua consapevolezza. L'essere, come spirito, è ciò che gli scientologi chiamano *thetan*, dal greco *theta*, ossia ‘spirito’. La dianetica è una metodologia creata da Hubbard, atta ad aiutare ad alleviare sensazioni ed emozioni spiacevoli, paure irrazionali e malattie psicosomatiche, ossia tutto ciò che, partendo dall'anima, attraversa il corpo ed influenza la mente. Scopo ultimo della vita è dunque, per Scientology, la *Sopravvivenza Infinita*. Partendo da questo presupposto, comune a tutti gli uomini, la Chiesa mira alla risoluzione dei mali e delle aberrazioni dell'uomo.

²¹ Il sistema etico di Scientology è interamente fondato sulla ragione, e l'impiego della stessa, per

una tecnologia capace di liberare l'essenza stessa dello spirito umano²², fornendo prove circa l'effettiva validità di tutte le procedure da lui concepite. Proprio perché risponde a tutti e tre i criteri usati dagli studiosi mondiali per determinare la natura 'religiosa' di un movimento – la fede in una Realtà Fondamentale, pratiche dirette alla comprensione o al raggiungimento di questa, nonché una comunità di credenti – essa si considera una religione a tutti gli effetti.

2. La particolare configurazione della Chiesa di Scientology. Vicende giurisprudenziali italiane. Interventi giurisprudenziali in Germania e Francia

Nella problematica in esame il profilo sostanziale di rilevante interesse giuridico è legato, *in primis*, alla qualificazione del concetto di confessione religiosa, cui si ricollegano evidenti ed importanti riflessi in ambito giuridico. Particolarmente articolata è stata la giurisprudenza statunitense che ha cominciato ad affrontare tale problematica sin dalla fine degli anni settanta²³ aderendo in un primo momento ad una definizione 'tradizionale' di tale concetto, basata su una percezione teistica della religione, legata alla fede in un Dio creatore. È importante, tuttavia, sottolineare che nella legislazione degli Stati Uniti non esiste una definizione giuridica del concetto di confessione re-

raggiungere i più alti stadi di sopravvivenza in tutte le dinamiche. Al contrario, una condotta esclusivamente morale non può costituire una base solida per la ricerca. L'etica di Scientology si basa su due concetti chiave: il *bene* ed il *male*. Con il primo s'intende un'azione costruttiva per la sopravvivenza. La seconda ne è il contrario.

²² Proprio perché la dottrina si basa su di un'organizzazione peculiare e sull'applicazione di principi contrapposti alla mera conoscenza o semplice fede, Hubbard definiva la dianetica una dottrina 'tecnologica'. Base della tecnologia del fondatore è una disciplina atta a migliorare la funzione della mente e a riabilitare le potenzialità dello spirito. Tale disciplina è detta *Auditing*, il cui scopo è di ripristinare le capacità ed il benessere aiutando la persona a liberarsi delle incapacità spirituali, accrescendone il potenziale individuale, attraverso l'eliminazione di tutti gli *engram* negativi. Nel corso dell'*auditing* viene utilizzato uno 'strumento religioso', l'elettropsicometro o, più semplicemente *E-Meter*, che serve a misurare lo stato di una persona ed i relativi cambiamenti, sempre a livello spirituale, attraverso un piccolo flusso di energia elettrica.

²³ *Malnak vs. Yogi*, in *Federal Reporter*, 2d series, 1979, vol. 592, pp. 197 ss., ed anche in www.findlaw.com, in cui si affermava che "the traditional definition was grounded upon a Theistic perception of religion", e che "the original definition of religion prevalent in this country was closely tied to a belief in God". Cfr. anche la causa *Davis vs. Beason*, in *U. S. Reports*, 1980, vol. 133, pp. 333 ss., ed anche in www.findlaw.com, specialmente a p. 342, dove la *Supreme Court* dichiara che il termine di 'religione' "has reference to one's views of his relations to his Creator, and to the obligations they impose of reverence for his being and character, and obedience to his will". Cfr. la decisione *Torcaso vs. Watkins*, in *U. S. Reports*, 1961, vol. 367, pp. 488 ss., ed anche in www.findlaw.com, in cui la considerazione della *Supreme Court* secondo cui lo Stato non può favorire le religioni fondate sulla fede nell'esistenza di Dio a scapito di quelle basate su altre convinzioni, è accompagnata da un interessante *dictum*, dal quale si evince il rigetto dell'opinione tradizionale per la quale non si ha religione se non c'è la credenza in un essere superiore: e giustamente la Corte porta, a titolo di esempio, il buddhismo ed il taoismo, dichiaratamente di origine orientale e si spinge ad affermare – anticipando così quella che sarà la futura evoluzione del concetto, con totale dissoluzione dell'elemento contenutistico –, la natura essenzialmente religiosa di alcuni movimenti presenti nel Paese, la cui riconducibilità alla categoria di movimenti religiosi era dubbia, proprio in forza della detta opinione tradizionale.

ligiosa ma che la società americana, strutturalmente pluralista ed il sistema giuridico di *Common Law* hanno imposto, in maniera anticipata ed incisiva, il tema di una strutturazione giuridica del concetto, demandata agli organi giurisprudenziali.

Il contatto con nuovi movimenti religiosi, soprattutto di ispirazione orientale, ha però imposto un progressivo dissolvimento dell'elemento contenutistico quale criterio discrezionale nell'identificazione della religione, ed ha portato all'ampliamento di tale nozione fino all' "affermazione di un criterio di qualificazione incentrato sulla funzione (anziché sul contenuto) della religione e sul ruolo che essa gioca nella vita dell'uomo"²⁴. La Corte Suprema americana ha, dunque, sottolineato l'esistenza di una relazione tra la fede ortodossa in un Dio e una qualsiasi convinzione fondata su di una potenza, Essere, o su una fede a cui tutto è subordinato, giungendo ad identificare la religione con l'interesse fondamentale – inteso nel senso più ampio possibile – che guida la vita dei singoli²⁵.

Anche tale criterio – definibile come 'funzionale' – ha, tuttavia, rivelato molteplici difficoltà di risposta alle domande di inclusione da parte dei gruppi religiosi emergenti inducendo, di conseguenza, la dottrina²⁶ a rifiutare impostazioni dogmatiche 'chiuse' e a ricercare soluzioni alternative. La Corte Suprema ha, quindi, cercato di reintrodurre l'adesione ad una teoria fondata sull'elemento contenutistico²⁷ mentre

²⁴ 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, Torino, 1995, p. 20 ss.

²⁵ In tal senso, è interessante la sentenza resa in causa *United States vs. Seeger*, in *U. S. Reports*, 1965, vol. 380, pp. 163 ss., anche in www.findlaw.com – riguardante un caso di obiezione di coscienza al servizio militare –, in particul. p. 176, in cui la questione dell'interpretazione dell'*Universal Military Service and Training Act*, nella parte in cui contempla il beneficio dell'esenzione dal servizio militare obbligatorio soltanto quando l'obiezione di coscienza del soggetto discenda direttamente dalla sua formazione o fede religiosa (*religious training and belief*, nel testo della legge), è stata risolta mediante una interpretazione estensiva della norma, sulla base della considerazione secondo la quale l'espressione '*religious training and belief*' è suscettibile di ricomprendere in sé anche un credo non teista, purché sia, comunque, una sincera convinzione basata su di un essere o su di una fede a cui ogni altra cosa è subordinata o da cui ogni altra cosa è in ultima analisi dipendente ('*sincere religious beliefs which [are] based upon a power, or being, or upon a faith, to which all else is subordinate or upon which all else is ultimately dependent*'), legittimando così una nozione di religione incentrata su di un credo puramente etico o morale (secondo le dichiarazioni del convenuto, che aveva esplicitamente affermato le proprie ragioni come "belief in and devotion to goodness and virtue for their own sakes, and a religious faith in a purely ethical creed", *ivi*, p. 166). Le stesse considerazioni si riscontrano in un'altra sentenza, di poco posteriore, nel caso *Welsh vs. United States*, in *U. S. Reports*, 1970, vol. 398, pp. 333 ss., in cui l'attore dichiarava semplicemente la propria 'opposizione morale' alla guerra (anche se, in questo caso, ci furono tra i giudici opinioni contrastanti). Cfr. anche SILVIO FERRARI, *La nozione giuridica di confessione religiosa*, cit., pp. 21 s

²⁶ Cfr. PHILIP E. JOHNSON, *Concepts and Compromise in First Amendment Religious Doctrine*, in *California Law Review*, 1984/5, pp. 817- 846, anche in www.jstor.org/view secondo il quale "there is no accepted definition of 'religion' for constitutional purposes, and no satisfactory definition is likely to be conceived" (p. 821).

²⁷ Cfr., infatti, la decisione della causa *Wisconsin vs. Yoder*, in *U. S. Reports*, 1972, vol. 406, 205, anche in www.findlaw.com, in modo particolare a p. 216: "Thoreau's choice was philosophical and personal rather than religious, and such belief does not rise to the demands of the Religion Clauses. Giving no weight to such secular considerations, however, we see that the record in this case abundantly supports the claim that the traditional way of life of the Amish is not merely a matter of personal

la giurisprudenza inferiore ha tentato la costruzione di un modello basato sull'analogia in relazione ad un'indagine conoscitiva della realtà, volta ad identificare indici rivelatori della natura religiosa²⁸ di un movimento.

Tali problematiche hanno cominciato in tempi recenti ad investire anche il contesto europeo in cui attualmente si sottolinea come "ogni definizione presuppone la capacità di identificare l'essenza del fenomeno analizzato, cioè uno o più caratteri che siano al tempo stesso sufficienti e necessari a qualificarlo ma, sotto questo profilo, tutti i tentativi compiuti dalla dottrina giuridica (e non solo giuridica: si pensi alla storia ed alla sociologia della religione) hanno largamente dimostrato l'impossibilità di pervenire a questo risultato in relazione alla definizione di religione"²⁹. In tal senso si è proposta l'individuazione di un modello paradigmatico all'interno del quale individuare i "caratteri che debbono essere presenti in ogni gruppo che intende qualificarsi come confessione religiosa"³⁰.

Sono evidenti le difficoltà di inquadramento del fenomeno religioso dal momento che, com'è stato correttamente sottolineato, "anziché essere separate da una netta linea di frattura, passibile di essere individuata con sicurezza, le aree del religioso e del non religioso sono unite da un'ampia zona grigia in cui si collocano realtà ... che, senza violare i principi della logica giuridica, possono essere definite religiose o non religiose a seconda delle sfumature interpretative con cui si assume questo termine"³¹; e tali strutturazioni risutano particolarmente problematiche e contraddittorie soprattutto nell'ambito di strutture sociali centrate su un concetto di religione essenzialmente tradizionalista.

In Italia la nozione 'aperta' di confessione religiosa, così come delineata ex art. 8 Cost., è stata chiaramente legata al ridotto panorama culturale presente nel momento dell'adozione della carta costituzionale. Partendo dal rapporto di genere a specie che esiste tra il concetto di associazione e quello di confessione religiosa il dibattito dottrinario si è incentrato sul contenuto del *quid pluris* che qualifica ed identifica quest'ultima. La nostra dottrina, nel tentativo di evitare l'*impasse*, legato ad una netta differenziazione tra confessioni e associazioni, cui si collega una notevole arbitrarietà

preference, but one of deep religious conviction, shared by an organized group, and intimately related to daily living", dove i giudici – nel vagliare la consistenza dei motivi che, per gli appartenenti alla comunità degli *Old Order Amish*, giustificano una deroga alle leggi dello Stato sull'istruzione obbligatoria fino ad una certa età –, sembrano tornare ad applicare la distinzione fondamentale tra religione e convinzioni filosofiche e personali.

²⁸ Questo, infatti, è il criterio seguito dalla *Court of Appeals* per la decisione della causa *Malnak vs. Yogi*, cit., che consiste nel verificare se, nel caso concreto, esistano significativi punti di contatto della sedicente religione con altre la cui qualifica come tali sia, invece, tranquillamente accettata, principalmente con l'ausilio del riferimento a tre indici: la natura fondamentale delle idee presentate, la loro ampiezza ed, infine, l'esistenza di un apparato formale (quale può estrinsecarsi, ad esempio, nella presenza di un'organizzazione, di un clero, o di riti e cerimonie, costituenti *stricto sensu* il culto).

²⁹ SILVIO FERRARI, *La nozione giuridica di confessione religiosa*, cit., p. 30.

³⁰ SILVIO FERRARI, *Stato e Chiesa in Italia*, in AA.VV., *Stato e Chiesa nell'Unione Europea*, a cura di G. ROBBERS, Milano-Baden-Baden, 1996, indica: "credenza in una realtà trascendente (non necessariamente un Dio), capace di dare risposta alle domande fondamentali relative all'esistenza dell'uomo e delle cose, atta a fornire un codice morale ed a generare un coinvolgimento esistenziale dei fedeli che si manifesta (tra l'altro) nel culto e nella presenza di una sia pur minimale organizzazione" (p. 189).

³¹ SILVIO FERRARI, *La nozione giuridica di confessione religiosa*, cit., p. 30.

del potere politico, ha preferito sottolineare che “le espressioni formazioni sociali e associazioni usate dal costituente negli artt. 2 e 18 costituiscono un *genus* nell’ambito del quale tutti i gruppi sociali con finalità e carattere religioso rappresentano delle specificazioni. Nella categoria delle formazioni sociali con finalità religiosa, in particolare, è difficile individuare una concreta distinzione tra ‘associazioni’ e ‘confessioni’ religiose, in quanto non ricorre una differenza riguardo alla struttura, ai caratteri ed alla natura delle due indicate formazioni sociali con finalità di culto. ... Sembra quindi doversi concludere che manca qualsiasi sicuro criterio che valga a far distinguere tra loro le confessioni religiose dalle associazioni religiose, e che queste due ‘associazioni tipiche’ rientrano nella generale categoria delle formazioni sociali con finalità religiosa”³². Tale impostazione dogmatica non consente, tuttavia, un corretto inquadramento del fenomeno confessionale dal momento che sottovaluta la “garanzia della eguale libertà, (che) se non si vuole limitarla alla sfera del *lecito*, assume una precisa qualificazione in ordine a diritti e prerogative che competono alle confessioni in quanto *organismi identificabili ed autosufficienti* rispetto a qualsiasi altra aggregazione religiosa”³³.

Sono, dunque, evidenti le difficoltà di definizione della c.d. vera religione³⁴ che comporterebbe la necessità di definire aprioristicamente, e definitivamente, i caratteri paradigmatici della stessa per verificare, in una fase successiva, se un determinato movimento possa esservi incluso, operando in sintesi una valutazione dei convincimenti interiori degli appartenenti al gruppo. Tale giudizio di valore evidenzia contemporaneamente la sua indefinibilità – essendo legato a precise coordinate spazio/temporali e ad evidenti scelte di politica interna – e, contemporaneamente, la sua pericolosa arbitrarietà, comportando un’intrusione incisiva nella sfera intima della coscienza individuale. Nel tentativo di conciliare esigenze contrapposte si è preferito sottolineare la necessità di adottare un meccanismo che “consenta di verificare la ‘reale natura’ del gruppo rispettando la libertà di coscienza delle persone che vi aderiscono”³⁵, partendo dall’autoqualificazione del gruppo, da valutare in maniera relativa, per passare ad una necessaria fase di verifica³⁶. È, infatti, di fondamentale importanza associare ad

³² SERGIO LARICCIA, *Diritto ecclesiastico*, cit., pp. 104 ss.

³³ CARLO CARDIA, *Manuale di diritto ecclesiastico*, cit., p. 190. Aggiunge RAFFAELE BOTTA, *Manuale di diritto ecclesiastico*, cit., p. 73, che “la stessa attuazione della tutela presuppone un processo di individuazione delle confessioni non solo rispetto alle associazioni religiose, ma anche rispetto alle altre confessioni”.

³⁴ Cfr. FRANCESCO FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, cit., p. 69. NICOLA COLAIANNI, *Confessioni religiose e intese*, cit., pp. 76 ss. Cfr. anche il parere del Consiglio di Stato, Sez. I, 30 luglio 1986, n. 1390, in *Quad. Dir. Pol. Eccl.*, 1986, pp. 503 ss., sulla questione del riconoscimento della personalità giuridica alla Congregazione cristiana dei testimoni di Geova. Cfr. anche GIOVANNI DI COSIMO, *Alla ricerca delle confessioni religiose*, cit., p. 427, e ID., *Privilegi per le confessioni religiose: chi certifica l'autenticità dei motivi di coscienza?*, in *Giur. cost.*, 1992, p. 4235.

³⁵ GIOVANNI DI COSIMO, *Alla ricerca delle confessioni religiose*, cit., p. 431

³⁶ Il metodo extravalutativo è caratterizzato dalla ‘inversione dell’onere della prova’, per cui spetta al soggetto competente la dimostrazione che il gruppo non è una confessione, in mancanza della quale rimarrà valida l’autoqualificazione: GIOVANNI DI COSIMO, *Privilegi per le confessioni religiose*, cit., p. 4244. Anche NICOLA COLAIANNI, *Sul concetto di confessione religiosa*, cit., c. 2992, sottolinea che non vi è “nessun dubbio sulla possibilità di controllo dell’autoqualificazione, ma essa è eventuale e avviene in un secondo momento, quello processuale”.

un'analisi di tipo oggettivo una valutazione 'soggettiva', sottolineando anche i caratteri autoreferenziali e di auto qualificazione del gruppo e/o movimento.

L'analisi della giurisprudenza costituzionale italiana evidenzia, da un lato, una nozione estremamente ampia ed inclusiva della nozione di formazione sociale e, dall'altro, la precisa adesione ad un modello di Stato laico e pluralista, da cui deriva la concreta possibilità di auto qualificazione di un'organizzazione come religiosa posto che "nel modello pluralistico si passa da una concezione ontologica delle formazioni sociali ad una concezione funzionale, per cui è famiglia, sindacato, confessione, ecc. quella formazione sociale che – a prescindere dalle dimensioni, dal riconoscimento, dalla tradizione, ecc. –, si mostra in concreto funzionale allo svolgimento della persona umana sotto il profilo familiare, sindacale, religioso: funzionalità, che, contro ogni forma di giurisdizionalismo, si misura in base non a criteri estrinseci, per giunta privi di base normativa, ma all'elemento soggettivo della consapevolezza e della volontà dei consociati di agire come formazione autonoma nel perseguimento di uno scopo religioso"³⁷. L'adesione a tale impostazione, se indubbiamente corretta dal punto di vista giuridico, rischia, tuttavia, di presentare dei pericolosi fenomeni di devianza giuridica difficilmente controllabili, soprattutto in regimi giuridici ispirati al *favor religionis*, nel timore che alcuni gruppi decidano di agire nell'alveo della religiosità per realizzare obiettivi diversi³⁸.

Una recente impostazione ha preferito, infine, sviluppare il percorso del riconoscimento partendo dall'autoqualificazione, soggetta tuttavia a verifica da parte dei competenti organi dello Stato, per passare ad analizzare, solo in un momento successivo, la struttura interna, secondo i parametri tradizionalmente utilizzati in tal senso che, tuttavia, si trasformano "da criteri di definizione a test di conferma dell'autoqualificazione"³⁹. Il dibattito è naturalmente ancora aperto e suscettibile di nuovi sviluppi giuridici anche perché è l'elemento empirico che non potrà mai essere trascurato e saranno dunque le nuove istanze sociali ad evidenziare differenti visuali prospettiche. Sembra ormai accettato comunque il passaggio dal principio dell'attribuzione della qualifica di confessione religiosa, secondo modelli paradigmatici 'esterni' al gruppo, alla auto referenziazione con accentuazione dell'elemento soggettivo che si trasforma in criterio giuridico.

³⁷ NICOLA COLAIANNI, *Confessioni religiose e intese*, cit., pp. 82 s

³⁸ Esemplicativo il caso dei c.d. 'ribelli di Harrisburg', citato da SILVIO FERRARI, *La nozione giuridica di confessione religiosa*, cit., p. 19 ss., che "stanchi di pagare le tasse, decisero che il modo migliore di evitare questa fastidiosa incombenza era quello di trasformarsi in una confessione religiosa. Si affiliarono quindi ad una Chiesa californiana ed ottennero di essere ordinati in blocco ministri di culto: dopo di che invocarono le esenzioni stabilite dalla legge degli Stati Uniti per questa categoria di cittadini. Sorprendentemente, le ottennero: infatti gli amministratori locali, che nel frattempo si erano convertiti anch'essi alla nuova fede, dichiararono di non essere in grado di definire la nozione di confessione religiosa e, nel dubbio, applicarono le disposizioni più favorevoli". Cfr. anche GIOVANNI DI COSIMO, *Sostegni pubblici alle confessioni religiose, tra libertà di coscienza ed eguaglianza*, in *Giur. cost.*, 1993, p. 2174 s.

³⁹ GIOVANNI DI COSIMO, *Alla ricerca delle confessioni*, cit., p. 431.

3. Spunti innovativi del percorso europeo a tutela della libertà di religione

Tale dibattito ha suscitato interessanti interventi anche sulla base di problematiche concrete, come testimoniano l'analisi della giurisprudenza che, con particolare riferimento alla Chiesa di Scientology, è particolarmente ricca ed articolata nel nostro continente, ed in Italia in particolare, dove ha dato vita ad una rete di interventi giurisprudenziali – sia in sede penale che tributaria – centrati sui presunti o effettivi reati collegati a tale gruppo/confessione⁴⁰. Il lungo processo di Milano, che ha interessato la dottrina e la giurisprudenza ecclesiasticistica è particolarmente interessante poiché rappresenta il primo ad un movimento religioso, dopo l'entrata in vigore della nostra Carta Costituzionale ed è di fondamentale importanza poiché, in seguito all'assoluzione di tutti gli imputati dal reato di associazione per delinquere, permette di affermare che è stata ufficialmente riconosciuta a Scientology, nel nostro Paese, la natura di 'confessione religiosa'. Durato ben dodici anni, sviluppatosi in un doppio intervento della Corte di Cassazione e ben sei pronunce complessive, costituisce un'importante documentazione sull'organizzazione di Scientology.

È, inoltre, opportuno ricordare che, nel marzo del 1990, la Corte d'Appello di Trento, aveva sancito che "l'aspirazione alla realizzazione dell'*ottava dinamica*, riguardante l'Infinito e Dio, costituisce il tratto che caratterizza la Scientology come religione e come Chiesa"⁴¹. Il Tribunale penale di Bolzano, inoltre, con sentenza del 23 gennaio 1989, aveva anche già riconosciuto agli scritti di Ron Hubbard la natura di testi religiosi⁴².

La Corte d'Appello di Milano, con sentenza del 5 novembre del 1993 aveva sostenuto che "il compimento di determinati fatti che, secondo le leggi dello Stato, costituiscono reato, non può escludere la responsabilità penale degli autori di essi, ancorché abbiano agito come rappresentanti di una confessione religiosa o appartenenti ad essa". Non è necessario, secondo i giudici, accertare se Scientology sia o meno, come si autoqualificava, una 'chiesa', poiché "è irrilevante che l'azione sia dovuta a motivi o si avvalga di fini di carattere religioso, perché il giudice di uno Stato laico, se è incompetente in materia confessionale, deve considerare le modalità di azione dei singoli e dei gruppi". Altro tassello fondamentale, è stata la nota senten-

⁴⁰ GIUSEPPE D'ANGELO, *Ultime vicende giudiziarie della Chiesa di Scientology*, in *Dir. Eccl.*, 1, 1998, pp. 384 ss.; FRANCESCO FINOCCHIARO, *L'organizzazione di Scientology ed i suoi fini*, in *Dir. Eccl.*, 2, 1991, pp. 122 ss.; R. SARACENO, *Scientology fra libertà religiosa e diritto comune*, in *Dir. Eccl.*, 2, 2001, pp. 112 ss.

⁴¹ Pubblicata in *Dir. Eccl.*, 1991, II, p. 400 con nota di PASQUALE MAZZEI, *La natura della "Chiesa di Scientology"*, p. 405 ss., ed il Tribunale di Milano, 2 luglio 1991, in *Dir. Eccl.*, 1991, II, p. 419 con nota critica di FRANCESCO FINOCCHIARO, *L'organizzazione di Scientology ed i suoi fini*, p. 459 ss., avevano entrambe ritenuto che tale associazione avesse finalità religiosa. Nello stesso periodo ma in senso opposto si era pronunciato il tribunale Supremo Spagnolo, I, 25 giu. 1990, n. 11208, in *Dir. Eccl.*, 1990, II, p. 288 ss., con nota favorevole di FRANCESCO FINOCCHIARO, *Note marginali sulle pseudo religioni in Spagna*, p. 323 ss. In tale ipotesi era stato confermato il diniego per l'iscrizione di Scientology nel *Registro de Entidades religiosas*. Cfr. anche FRANCESCO FINOCCHIARO, *Scientology nell'ordinamento italiano*, in *Dir. Eccl.*, 1995, I, p. 601 ss. e FRANCESCO ONIDA, *Nuove problematiche religiose per gli ordinamenti laici contemporanei: Scientology e il concetto giuridico di religione*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1998, 1, pp. 279-293. Cfr. anche Cassazione civile, sez. trib., 22 ott. 2001, n. 12871 e PASQUALE COLELLA, *Sul carattere "religioso" dell'associazione di Scientology*, in *Corriere giuridico*, 1/2002, pp. 41-44.

⁴² Pubblicato in *Dir. Eccl.*, 2, 1991, pp. 401 ss.

za⁴³ del 1995 in cui la Corte di Cassazione, concordando con la sentenza di secondo grado, considerò che Scientology “si è manifestata nella sua essenza, sin dall’inizio, come un’attività commerciale”, sottolineando, tuttavia che “una qualsiasi attività commerciale, svolta da una Chiesa, non è sufficiente a farle perdere la connotazione di confessione religiosa. Non sarebbe ipotizzabile una trasformazione di questa in un’associazione a delinquere, a meno che tutti i membri della Chiesa non avessero, di comune accordo, cambiato le regole statutarie, dando vita ad un soggetto nuovo e diverso da quello originario”⁴⁴.

Nuova tappa giudiziaria è stata la seconda sentenza emessa dalla Corte d’Appello di Milano il 2 dicembre del 1996 in cui numerosi membri della Chiesa venivano nuovamente condannati per associazione a delinquere, nonostante la precedente simile condanna, ad opera di un’altra sezione della Corte d’Appello di Milano, fosse stata annullata dalla Cassazione. I giudici avevano motivato tale decisione sul presupposto che fosse essenziale un’indagine sulla natura confessionale della Chiesa di Scientology poiché, in caso affermativo, era da escludere che l’organizzazione potesse costituire un’associazione a delinquere. In base a ciò, dopo un’accurata analisi, escludono che Scientology costituisse una religione poiché non sussistevano intese con lo Stato atte a riconoscerla e qualificarla come una religione; non c’erano stati pubblici riconoscimenti della stessa; non esistevano neppure elementi che potessero consentire di credere che nella società italiana tale confessione potesse essere considerata una religione⁴⁵. La Corte aveva potuto rilevare che molti testimoni avevano esplicitamente affermato che, nell’entrare in contatto con gli istituti di Dianetica e con la Chiesa, mai avevano ritenuto di abbracciare una religione, né avevano avuto indicazioni in tal senso dagli operatori dell’organizzazione e che le attività e le pratiche, poste in essere all’interno della stessa, non avevano alcuna valenza simbolico-religiosa.

Epilogo del processo è la seconda sentenza della Corte di Cassazione, VI sezione penale, dell’8 ottobre 1997, la quale stabiliva che “al fine di accertare la sussistenza o l’insussistenza dell’associazione per delinquere, contestata agli imputati, anche in ragione della loro appartenenza in ruoli diversi alla cosiddetta Chiesa di Scientology o ad Istituti della stessa, fosse necessario accertare previamente se essa fosse o non fosse una confessione religiosa e rilevato che, mancando una definizione legislativa della

⁴³ Sentenza numero 5838, seconda sezione penale della Corte di Cassazione, del 9 febbraio 1995.

⁴⁴ Riguardo alla suddetta decisione della Corte fu sottolineato che “la via di scampo dell’agguato del neogiurisdizionalismo, che assegna al giudice dello Stato il compito di definire ciò che è religioso e ciò che non lo è, veniva così tracciata, benché fosse a torto considerata risolutiva della questione tributaria esaminata. Non veniva colta invero la particolare importanza che in un quadro interpretativo sistematico assume l’ultima parte della disposizione richiamata, secondo la quale i corrispettivi specifici non devono eccedere i costi di diretta imputazione, debbono cioè semplicemente reintegrarli e non anche produrre nuova ricchezza ed utilità. Ciò accade, in particolare, quando l’assistenza, mediante prestazione di servizi o cessione di beni agli associati verso il pagamento di corrispettivi specifici, costituisce non un’attività diversa da quella religiosa, a questa strumentale, come richiesto per le attività commerciali o a scopo di lucro degli enti ecclesiastici al fine dell’applicazione delle fattispecie agevolative, ma l’essenza della stessa attività”: NICOLA COLAIANNI, *La via giudiziaria alla religiosità: la vicenda di Scientology*, in *Foro it.*, 1998, II, p. 396 ss..

⁴⁵ “Ai fini della configurabilità del reato di associazione per delinquere va escluso il carattere religioso della Chiesa di Scientology in quanto l’autoqualificazione come confessione religiosa, contenuta nella statuto, e l’uso della terminologia e di taluni simboli religiosi, appaiono un mero espediente preordinato al fine di ottenere il trattamento più favorevole riconosciuto alle confessioni religiose”.

nozione di confessione religiosa, è assai arduo per l'interprete accertare se un gruppo di persone così definitosi abbia effettivamente tale qualità⁴⁶. Per tal motivo rimandava il giudizio alla Corte d'Appello la quale, con la sentenza del 5 ottobre 2000, si esprime su diverse questioni: *in primis* fu definitivamente accertato che Scientology perseguiva fini leciti; che non sono emersi comportamenti devianti, ed anche che gli operatori ritenuti devianti non si sono comunque "mai avvantaggiati della loro attività".

Interventi dottrinari sollecitati dalla sentenza hanno sottolineato la correttezza della decisione sottolineando innanzitutto la necessità di ammettere che la fede nell'identità di un Essere Supremo non può in alcun modo essere considerata unico elemento connaturale all'idea di religione⁴⁷. Partendo da ciò, si rileva come anche la mancanza di intesa con una religione, ai sensi dell'articolo 8 della Costituzione, non può in alcun modo essere considerata rivelatrice di un'associazione priva del carattere della religiosità. Quanto al parere espresso dalla Corte circa la rilevanza dell'organizzazione interna, al fine di attestare la natura religiosa, si concorda nel ritenere che "lo statuto della Chiesa di Scientology renda palesi le finalità religiose dell'associazione medesima: curare le esigenze spirituali dei fedeli, attraverso riti individuali e collettivi; curare e tutelare le organizzazioni che predicano e praticano la religione di Scientology; fondare, costituire e utilizzare enti, centri di addestramento per l'insegnamento e la divulgazione della religione... promuovere, proteggere, amministrare ed incoraggiare lo sviluppo della religione di Scientology ed i suoi riti".

Importante è ribadire ancora una volta l'impossibilità di definire in maniera rigida ed immutabile il contenuto del concetto di fenomeno religioso, legato all'evoluzione delle forme di religiosità nelle diverse coordinate spazio-temporali. Tutte le religioni sono nate da un lento processo evolutivo che ne ha delineato progressivamente struttura, dogmi e riti e, con riferimento a Scientology, il fatto che lo statuto della stessa "abbia assunto in modo esplicito tali caratteri solo negli ultimi decenni, non può costituire di per sé criterio per l'esclusione della religiosità"⁴⁸. Le indicazioni dei giuristi italiani sembrano, dunque, assestarsi in una sorta di riconoscimento fondato sul metodo induttivo che parte dall'autoreferenzialità e che consente la massima apertura possibile del nostro sistema del riconoscimento di una confessione religiosa, in linea con le indicazioni sottese al dettato costituzionale.

Ampliando la visuale prospettica si osserva come analoghe vicende giudiziarie hanno interessato la Chiesa di Scientology anche in altri Paesi europei. Con riferimento alla definizione di confessione religiosa la giurisprudenza spagnola sembrava legata alla tesi teistica o contenutistica e l'iscrizione nel Registro delle Entità Religiose subordinato all'individuazione di elementi minimi – fede in un Dio, pratica di riti – collegabili al concetto di religione in senso 'tradizionale'⁴⁹. Recentissima

⁴⁶ Pubblicato in *Dir. Eccl.*, 2, 2001, pp. 123 ss.

⁴⁷ Cfr. inter alia, MASSIMO JASONNI-MARIA VITTORIA GALIZIA, *La legittimazione giudiziaria di una confessione religiosa, Il corso di Scientology alla luce dei più recenti indirizzi della Corte di Cassazione*, in *Diritti e Diritti*, 19 ottobre 2000, pp. 3 ss.

⁴⁸ MASSIMO JASONNI-MARIA VITTORIA GALIZIA, *op. cit.*

⁴⁹ I tribunali spagnoli si sono pronunciati diverse volte sul caso *Scientology*, per concludere sempre nel senso dell'inammissibilità dell'iscrizione nel 'Registro delle Entità Religiose' per mancanza dei requisiti richiesti dalla legge. Cfr., ad esempio, la decisione del Tribunale supremo, Sala III, del 25 giugno 1990, in *QDPE*, 1991-92/1, pp. 356 ss., in cui il diniego di iscrizione è giustificato sulla base della considerazione secondo cui la Chiesa di Scientology di Spagna non ha una vera e propria

è, invece, una pronuncia dell'Audiencia Nacional, il tribunale speciale spagnolo, che ha sottolineato che "la presenza di un registro delle confessioni religiose non autorizza lo Stato ad operare un controllo sulla legittimità delle credenze professate; ai fini dell'iscrizione, la Pubblica Amministrazione deve verificare esclusivamente che gli statuti dell'ente confessionale siano conformi all'art. 3 della *Ley Organica de Libertad Religiosa*, dove si esplicitano i limiti all'esercizio della libertà religiosa (art. 3.1: rispetto dei diritti altrui e dell'ordine pubblico; art. 3.2: attività con fini diversi da quello di religione e di culto)"⁵⁰.

In una interessante sentenza del +, i giudici della Corte di Amburgo hanno respinto all'unanimità gli sforzi compiuti per definire "commerciali" i servizi religiosi di Scientology ed hanno riconosciuto che la stessa è pienamente riconosciuta come religione in Germania. Prendendo atto del fatto che le religioni nuove e minoritarie non hanno le ingenti risorse finanziarie che le Chiese di Stato Evangeliche e Cattoliche si sono costruite nel corso della storia, la Corte ha fatto notare che nel valutare i servizi religiosi offerti ai membri, alla luce della garanzia della libertà religiosa prevista dall'articolo 4 della Costituzione, si deve considerare che la Chiesa di Scientology si deve finanziare esclusivamente attraverso donazioni elargite dai propri membri, contrariamente alle chiese comunitarie che si finanziano, invece, attraverso il sistema fiscale. Nella loro decisione i giudici di Amburgo hanno citato la sentenza del novembre 1997 emessa dalla Corte Amministrativa Federale di Berlino, che ha confermato che i corsi e la consulenza religiosa di Scientology sono intesi 'a raggiungere livelli di esistenza più elevati' e non perseguono scopi materiali. È da sottolineare che anche in Germania la giurisprudenza appare legata all'adesione alla tesi 'contenutistica' di confessione religiosa, anche se ammette il politeismo⁵¹ e che il riconoscimento dello *status* di diritto pubblico è concesso solo a quei movimenti che presentino caratteri di originalità⁵².

finalità religiosa, in quanto non è basata sulla relazione dell'uomo, come essere spirituale, con un Dio trascendente, ma accetta l'esistenza di un Dio creatore soltanto come componente essenziale dell'essere umano, da cui deriva una filosofia morale puramente umanistica tendente al controllo della soggettività: la finalità religiosa, richiesta dalla legge per ottenere l'iscrizione nel registro suddetto, esclude dal suo ambito tutto ciò che abbia relazione con lo studio dei fenomeni psichici, parapsicologici o spiritualistici. Nello stesso senso si era pronunciato anche il Tribunale costituzionale, Sez. II, con la sentenza 29 giugno 1988, in *QDPE*, 1989/1, pp. 347 ss., secondo la quale è legittimo e costituzionale il diniego d'iscrizione, poiché dal raffronto delle norme statutarie dell'ente con i requisiti richiesti dalla legge, non è possibile riconoscere allo stesso natura e finalità essenzialmente religiose. Cfr. A. MOTILLA, *Aproximación a la categoría de confesión religiosa en el derecho español*, in *Dir. Eccl.*, 1989, I, p. 145 ss.

⁵⁰ Massima della sentenza dell'11 ottobre 2007, n. 352/2005, "Inscripción de la Iglesia de scientology de España en el Registro de entidades religiosas", Sala de lo Contencioso-Administrativo, III sezione amministrativa dell'Audiencia Nacional, il tribunale speciale spagnolo, pubblicata in questo numero della Rivista p. 745 ss.

⁵¹ Cfr. la decisione del Tribunale amministrativo federale del 19 novembre 1980, citata da F. MESSNER, *Peut-on définir juridiquement la religion? L'exemple de la République Fédérale d'Allemagne*, in *L'année canonique*, 1988, p. 341.

⁵² Cfr. CESARE MIRABELLI, *Chiese e confessioni religiose nell'ordinamento costituzionale della Repubblica federale tedesca. Spunti comparativistici*, in AA.VV., *Individuo, gruppi, confessioni religiose nello Stato democratico*, Milano, 1973, pp. 515 ss., in cui l'A. riporta il caso della *Concordia Gemeinde*, che nel 1954 chiese il riconoscimento pubblicistico e se lo vide negare dal *Landesverwaltungsgericht* di

Anche la Francia è stata interessata giudiziariamente del problema giungendo, con una sentenza della Corte d'Appello di Lione, a dichiarare non solo che Scientology è una religione, ma superando accuse politicamente intolleranti, ha sottolineato che la Chiesa è completamente libera di professare le sue attività, in base alle leggi esistenti, comprese le attività missionarie e di proselitismo. La Corte di Lione ha fatto riferimento alla Costituzione francese, alla Convenzione Europea sui Diritti Umani e le Libertà Fondamentali e alla Convenzione Internazionale sui Diritti Civili e Politici che proclamano a chiare lettere il principio di libertà di manifestare la propria religione. L'esperienza francese è, tuttavia, limitata ad una valutazione della presenza dell'esclusiva finalità dell'esercizio del culto, secondo la chiara definizione dell'art. 19, primo comma della legge 9 dicembre 1905⁵³.

Hannover, sulla base dell'assunto secondo cui nel caso in esame mancava il requisito della peculiarità della credenza religiosa, non distinguendosi sostanzialmente la *Concordia Gemeinde* dalla *LandesKirche* evangelico-luterana, alla quale in precedenza era appartenuta.

⁵³ Cfr. G. KOUBI, *Droit et religions: dérives ou in conséquences de la logique de conciliation*, in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1992/3, pp. 725 ss., specialmente a p. 729, in cui si richiamano, a titolo esemplificativo, a due pronunce del *Conseil d'Etat*, la prima del 6 giugno 1986, che rigettò la richiesta dell'associazione 'Troisième église du Christ Scientiste' in quanto, a detta del Consiglio, il gruppo non aveva finalità esclusivamente culturali; la seconda, del 29 ottobre 1990, che respinse la richiesta della 'Ass. cultuelle de l'Église apostolique arménienne de Paris', sulla base della considerazione secondo cui tale associazione non aveva per oggetto il fine di culto in quanto tale, ma piuttosto "la promozione della vita spirituale, educativa, sociale e culturale della comunità armena". In tal senso, più di recente, cfr. anche la decisione del *Conseil d'Etat* del 17 giugno 1989, in *QDPE*, 1990/1, pp. 505 ss., secondo la quale, ai sensi della legge del 1905, non è qualificabile come associazione di culto quella che non ha il fine di provvedere alle spese per il mantenimento per l'esercizio pubblico di un culto. Interessante rilevare che, nel tentativo di inquadrare più dettagliatamente il problema si è giunti a negare il carattere di associazione di culto ai Testimoni di Geova per incompatibilità dell'ideologia religiosa con i principi di ordine pubblico, soprattutto con riferimento al diritto alla salute. Si tratta della pronuncia del *Conseil d'Etat* del 1 febbraio 1985, in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1985/2, pp. 508 s., ampiamente commentata da J. ROBERT, *Note de jurisprudence*, cit., pp. 497 ss. Si osserva (pp. 507 ss.), che le motivazioni addotte dal Consiglio non possono essere poste a base di una simile decisione, se non al prezzo di mettere in discussione il principio della laicità della Repubblica francese, poiché tale principio è incompatibile con il sindacato, di parte statale, sulla meritevolezza del contenuto dei dogmi, delle pratiche, e del credo di una data religione. Indubbiamente, prosegue l'A., è questa una strada estremamente pericolosa, ma allora sarà legittimo supporre, in nome dell'ordine pubblico, che anche la religione musulmana non abbia titolo ad essere considerata come tale, dallo Stato francese, perché prevede l'uso del digiuno nel mese del *Ramadan* - contrario all'ordine pubblico o ancora dell'escissione. E che dire, poi, riguardo alla Chiesa cattolica, che è notoriamente ostile all'aborto ed alla contraccezione, anche se adottati in via profilattica a protezione della vita della donna che non possa portare avanti una (ennesima) gravidanza senza mettere a repentaglio la propria vita? Eppure, in questi due casi, non si è ragionato sulla base del contrasto di siffatti principi dottrinali con quelli dell'ordine pubblico dello Stato, come, invece, è stato fatto nel caso dei testimoni di Geova. Nasce, allora, il sospetto che la *ratio decidendi* della sentenza del *Conseil d'Etat*, così come enunciata, sia puramente retorica, e adottata *ex post* per giustificare tale dispositivo.

4. Considerazioni conclusive

L'analisi delle singole giurisprudenze nazionali evidenzia le particolari difficoltà giuridiche legate al 'fenomeno' di Scientology, con difficoltà qualificato come 'confessione religiosa' ma anche la necessità, avvertita in forma sempre più pressante, di creazione di un diritto comune, europeo, almeno in tema di riconoscimento dei diritti fondamentali dell'individuo e dei gruppi. In tal senso il recente intervento della Corte Europea offre interessanti spunti di riflessione ed apre la strada ad una progressiva compressione della *domestic jurisdiction*, in passato assolutamente impensabili. Con riferimento al quadro europeo di tutela dei diritti dell'uomo si potrebbe delineare un c.d. 'diritto europeo di religione' che potrebbe trovare il proprio paradigma giuridico di riferimento nell'art. 9 della Convenzione Europea, ripreso, sia pure parzialmente dall'art. 10 della Carta di Nizza. L'evoluzione legislativa del diritto di libertà di pensiero, coscienza e religione, che non riproduce il secondo comma – con riferimento alle restrizioni per motivi di ordine pubblico, di salute, di morale pubblica o di protezione degli altrui diritti e libertà e senza, quindi, lasciare al riguardo un margine di apprezzamento agli Stati –, sembrerebbe ampliare il raggio di azione europeo. L'analisi giurisprudenziale aveva per il passato evidenziato, tuttavia, un notevole spazio lasciato alla *marge d'appréciation* dei singoli Stati nelle questioni di carattere interno, anche operando valutazioni di carattere storico e/o politico⁵⁴. Basti pensare al caso Otto - Preminger Institut ed al divieto, riconosciuto legittimo, di proiettare un film ritenuto offensivo per i cattolici, sia pure all'interno di una sala privata ed a seguito di adeguata pubblicità⁵⁵. O ancora al riconoscimento della particolare posizione della Chiesa ortodossa all'interno della Grecia o alla legittimità dell'espulsione in Turchia di una studentessa universitaria che intendeva indossare il foulard islamico ai corsi, in base alle particolari considerazioni del valore della laicità nel preciso contesto geopolitico del Paese⁵⁶.

Nel caso proposto contro la Russia, invece, i giudici europei non sembrano aver voluto considerare apprezzabili di valutazione di opportunità né politica né tantomeno giuridica i rifiuti degli organi interni al riconoscimento della Chiesa di Scientology nel novero delle associazioni riconosciute ai sensi della legge del 1997.

⁵⁴ Invero, i controlimiti posti dall'art. 9.2 alle indicate restrizioni al diritto di libertà di pensiero, di coscienza e di religione – l'essere, cioè, quelle «misure necessarie in una società democratica» - subisce spesso una dissolvenza a favore degli interventi restrittivi degli Stati. Benché le affermazioni di principio vadano nel senso che «*any interference must correspond to a "pressing social need"»* e che «*the notion "necessary" does not have the flexibility of such expressions as "useful" or "desirable"»*, in concreto la giurisprudenza ha giustificato restrizioni magari comprensibili sotto il profilo della storia politica degli stati ma evidentemente non necessarie, come invece richiesto dalla norma, in una società democratica»: Cfr. NICOLA COLAIANNI, *Eguaglianza e diversità culturali e religiose. Un percorso costituzionale*, in particolare p. 139.

⁵⁵ Cfr. GERMANA CAROBENE, *Sul conflitto tra la libertà di espressione e di religione in una sentenza della Corte Europea*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1996, 2, pp. 215-242. Nella sentenza era stata sottolineata l'impossibilità di ravvisare una concezione uniforme, a livello europeo, della morale e del significato che la religione aveva nella società: cfr. par. 50.

⁵⁶ Cfr. GERMANA CAROBENE, *La Corte Europea e lo status delle minoranze in Grecia*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1998, 1, pp. 123-134; e ID., *La libertà di religione, di manifestazione del credo religioso e il rispetto dell'ordine pubblico. Riflessioni in margine all'affaire Leyla Sabın davanti alla Corte Europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritto e Religioni*, 1/2, 2006, pp. 621-633.

Le motivazioni partono innanzitutto dallo stretto legame degli artt. 9 e 11 della Convenzione che, nel caso di specie, devono essere letti congiuntamente. Si sottolinea, infatti, che «since religious communities traditionally exist in the form of organised structures, Article 9 must be interpreted in the light of Article 11 of the Convention, which safeguards associative life against unjustified State interference. Seen in that perspective, the right of believers to freedom of religion, which includes the right to manifest one's religion in community with others, encompasses the expectation that believers will be allowed to associate freely, without arbitrary State intervention. Indeed, the autonomous existence of religious communities is indispensable for pluralism in a democratic society and is thus an issue at the very heart of the protection which Article 9 affords. The State's duty of neutrality and impartiality, as defined in the Court's case-law, is incompatible with any power on the State's part to assess the legitimacy of religious beliefs»⁵⁷.

Si evidenzia, inoltre, ed è questo l'aspetto più importante ed innovativo del dispositivo europeo, la necessità di imporre dei limiti alle valutazioni dei singoli Stati in merito anche al libero diritto di associazione: “certainly States have a right to satisfy themselves that an association's aim and activities are in conformity with the rules laid down in legislation, but they must do so in a manner compatible with their obligations under the Convention and subject to review by the Convention institutions”⁵⁸.

La Corte chiarisce che “any interference must correspond to a ‘pressing social need’; thus, the notion ‘necessary’ does not have the flexibility of such expressions as ‘useful’ or ‘desirable’”⁵⁹, principi che potrebbero segnare un deciso mutamento, più incisivo ed interventistico, degli organismi europei nei futuri equilibri geopolitici dell'Europa in costruzione. Tale sentenza ha imposto un ampliamento del concetto europeo di libertà di religione che avrà interessanti riflessi all'interno delle diverse legislazioni statali, consolidando tale fondamentale diritto ed estendendolo a tutte le religioni non solo radicate, ma anche in via di strutturazione, nel nostro continente.

Le istanze sociali provenienti da tipologie di movimenti non codificati secondo schemi tradizionali impongono di affrontare in maniera attenta il fenomeno evitando, da un lato, la costruzione di un sistema totalmente aperto preda di facili strumentalizzazioni e, dall'altro, di imporre schemi obsoleti di inquadramento giuridico. Le linee guida tracciate dal dispositivo europeo sembrano ridimensionare l'ambito di intervento statale al controllo del rispetto delle regole da parte dei diversi movimenti, per evitare arbitrarietà nelle decisioni di politica interna a favore/contro determinati fenomeni che si muovono nell'ambito del religioso. Tale tipo di approccio, destinato a incidere solo nelle ipotesi di violazioni costituzionalmente o penalmente rilevanti dovrebbe interessare Paesi tendenzialmente favorevoli al ‘religioso’, sia pure tradizionalmente legati a precise confessioni, ma soprattutto Stati che si qualificano come

⁵⁷ Par. 72 della sentenza.

⁵⁸ Cfr. par. 73: «The Court further reiterates that the right to form an association is an inherent part of the right set forth in Article 11. That citizens should be able to form a legal entity in order to act collectively in a field of mutual interest is one of the most important aspects of the right to freedom of association, without which that right would be deprived of any meaning. The way in which national legislation enshrines this freedom and its practical application by the authorities reveal the state of democracy in the country concerned».

⁵⁹ Cfr. par. 75.

L'affaire di Scientology. La legittimazione in via giudiziaria di una confessione religiosa nelle moderne società democratiche e nella protezione 'europea' della libertà di religione

laici dal momento che è la democraticità, quale elemento strutturale delle moderne società occidentali, ad imporre l'adesione a modelli aperti ed inclusivi purchè sviluppati nei limiti del giuridicamente lecito. È evidente, tuttavia, che l'adesione al modello dell'autoreferenzialità come punto di partenza nella qualificazione di un fenomeno nel genus 'religioso' se perfettamente condivisibile dal punto di vista teorico presenta non poche difficoltà nel momento della concreta applicazione al terreno sociale; sarà, quindi, difficile compito dell'interprete delineare in maniera induttiva i parametri necessari ad un corretto inquadramento del problema.

Corte europea dei diritti dell'uomo, IV sez., 27 febbraio 2007, n. 952/03, B. Adev rat Orthodox Din Moldova ans others v. Moldova [estratto]

[Violazione dell'art. 9 Conv. Europ.]

Il caso concerne il rifiuto di registrazione di una Chiesa. I ricorrenti avevano fondato la 'True Orthodox Church in Moldova' e chiesto la registrazione sulla base del Religious Denominations Act del 1992. Di fronte al rifiuto di registrazione si sono rivolti al Tribunale di Appello che aveva riconosciuto il loro diritto, con sentenza riconfermata nel successivo grado di giudizio. Nelle more, nel 2002 è intervenuta una nuova legge che modificava, snellendone le pratiche, le modalità di registrazione. Sulla base della stessa hanno proposto nuove domande, nel 2002 e nel 2004, sempre rigettate. La Corte ha riconosciuto la violazione degli artt. 9 Conv., art. 1 Protocollo n. 1 Conv. e artt. 13 e 14 Conv. in relazione al già citato art. 9 Conv.

Corte europea dei diritti dell'uomo, V sez., sent. 12 aprile 2007, ric. n. 52435/99, Ivanova c. Bulgaria [estratto]

[Violazione dell'art. 9 Conv. Europ.]

La ricorrente, che contesta la legittimità del proprio licenziamento, appartiene alla Word of life, una comunità cristiana evangelica protestante (attiva nel Paese dal 1990), costretta ad agire in clandestinità. In base alla legislazione bulgara inoltre i c.d. nuovi culti non possono accedere al riconoscimento di ente giuridico, non godendo di conseguenza di alcun tipo di statuto giuridico. Nel caso de quo il licenziamento della ricorrente era stato motivato dal timore, non provato giuridicamente, che la stessa svolgesse attività di proselitismo all'interno della School swimming pool. La Corte riconosce che il licenziamento della ricorrente è il risultato di una discriminazione religiosa.

Corte europea dei diritti dell'uomo, ancienne II sez., sent. 3 maggio 2007, ric. n. 71156/01, 97 Membres de la Congrégation des Témoins de Jéhovah de Gldani et 4 autres c. Géorgie [estratto]

[Violazione artt. 3- 9- 14 Conv. Europ.]

Nel 1999 un centinaio di Testimoni di Geova, riuniti in teatro, sono stati violentemente aggrediti da un gruppo di religiosi ortodossi. La Corte ha riconosciuto il compimento di atti inumani o degradanti a carico dei soggetti, valutata l'eccessiva violenza dell'azione. Ha altresì riconosciuto violazione dell'art. 3 Conv. per il rifiuto di intervento da parte della polizia locale e la violazione dell'art. 9 Conv. per la totale indifferenza delle autorità politiche della Georgia di fronte a tali palesi violazioni della libertà religiosa.

Corte europea dei diritti dell'uomo, V sez., sent. 14 giugno 2007, ric. n. 77703/01, Svyato – Mykhaylivska Parafiya v. Ucraina [estratto]

[Violazione dell'art. 9 Conv. Europ.]

Nel caso di specie una parrocchia ortodossa aveva cambiato statuto e denominazione per passare dalla giurisdizione del patriarcato di Mosca a quella di Kiev e si era vista negare la registrazione. Su questo punto, le norme ucraine sono state ritenute dalla Corte non sufficientemente chiare, tanto da configurare una restrizione illegittima del diritto di libertà religiosa ex art. 9 CEDU. Inoltre il giudice interno aveva violato la libertà delle confessioni religiose ad organizzarsi autonomamente, pronunciandosi, nel negare la registrazione, sulle disposizioni dello statuto dell'associazione religiosa in questione, concernenti la struttura interna, l'ammissione e l'espulsione di membri. Nel caso in cui un'associazione religiosa cambi denominazione e apporti modifiche allo statuto, l'autorità competente che rifiuti di registrare l'associazione in base ai cambiamenti intervenuti viola l'art. 9 CEDU, letto congiuntamente all'art. 11. Infatti la mancata registrazione è da ritenersi una restrizione del diritto di libertà di religione ex art. 9 CEDU, poiché impedisce alle associazioni non iscritte di esercitare alcune attività connesse con le esigenze di culto. I limiti apposti all'esercizio della libertà religiosa, in forma individuale o collettiva, sono ammessi solo quando sono previsti dalla legge, perseguono uno scopo legittimo e sono necessari per la salvaguardia dell'ordine pubblico e dei diritti altrui in una società democratica. Il diritto di libertà religiosa comporta altresì l'esclusione di ogni interferenza dello Stato relativamente alla organizzazione interna di confessioni e associazioni religiose; tale organizzazione è infatti uno dei mezzi con i quali una confessione religiosa svolge la sua attività ed esercita il diritto di libertà di religione e deve quindi poter essere stabilita liberamente.

U.S.A.

Supreme Court of the United States: Case Parents involved in Community Schools v. Seattle School District. Illegittimità delle quote in base all'appartenenza razziale, 28 giugno 2007, n.05-908 [estratto]

Un sistema di quote, volto a bilanciare il numero degli studenti appartenenti ai diversi gruppi etnici, viola il principio di non discriminazione, in quanto opera una classificazione degli individui in base alla loro origine etnica o al colore della pelle. Si tratta infatti di misure preferenziali (o azioni positive), che sarebbero legittime se rispondessero ad interessi stringenti dello Stato ("compelling interest"), quali ad esempio la garanzia della diversità e del pluralismo nel sistema educativo; il meccanismo previsto dalle quote non risponde a simili finalità, ma è volto unicamente a stabilire percentuali per l'accesso alle scuole, in base all'appartenenza etnica degli studenti. È perciò contrario alla regola secondo la quale tale accesso deve svolgersi senza distinzioni di razza o religione ("on a non-racial basis").

Council of Europe, Parliamentary Assembly. Recommendation 29 June 2007, n. 1804(2007), State, religion, secularity and human rights [estratto]

Si parte dal presupposto dell'importante ruolo svolto dalle religioni nella società europea (punto 1) ma anche dall'osservazione dell'ampliamento del piano delle religioni tradizionali nel nostro continente. Il contesto europeo tende, in linea generale, verso una separazione della sfera religiosa da quella politica, come principio generale dei Paesi democratici (punto 4). Si osserva una maggiore attenzione verso le tematiche religiose e una crescente importanza dei gruppi religiosi (punto 6). Il problema attuale è legato alla pacifica gestione delle conflittualità multiculturali (punto 9). Ed è compito dei governi favorire il dialogo interculturale e l'educazione (punti 11-12-13). Si raccomanda, inter alia, al Consiglio dei Ministri di verificare il rispetto dei diritti umani da parte delle comunità religiose; la volontà di riaffermare il principio di indipendenza della politica e del diritto dalla religione oltre a quella di favorire il dialogo e la tolleranza (punto 24).

Council of Europe, Parliamentary Assembly. Recommendation 29 June 2007, n. 1805 (2007), Blasphemy, religious insults and hate speech against persons on grounds of their religion
[estratto]

Il documento, sviluppato su 17 punti, parte dal richiamo alla Risoluzione 1510 (2006) sulla libertà di espressione e rispetto per le credenze religiose (punto 1). Con riferimento alla blasfemia, agli insulti religiosi e gli 'hate speech' verso le persone, con riferimento alla loro religione si sottolinea che lo Stato è responsabile nel determinare cosa può essere considerata come offesa penale, con i limiti imposti dalla giurisprudenza della Corte Europea. L'Assemblea considera che la blasfemia, come l'insulto alla religione, non può essere considerata un'offesa penale. La distinzione deve essere fatta tra le materie riferite alla coscienza morale, quelle relative a ciò che è legale, alle materie di dominio pubblico e quelle che attengono alla sfera privata (punto 4). Con riferimento all'analisi giurisprudenziale, soprattutto ex art. 10 Conv., si sottolinea che il margine di apprezzamento degli Stati non è illimitato e che tutte le limitazioni alla libertà di espressione devono essere conformi alla giurisprudenza europea (punti 8-9). Si riafferma che le espressioni di odio per essere penalmente rilevanti devono essere dirette verso persone/gruppi di persone (punto 12). Si ribadisce anche la libertà per le religioni di imporre pene religiose, per offese religiose che però non tocchino la vita, l'integrità fisica, libertà o proprietà degli individui - vedi il caso delle condanne dei giornalisti da parte dei leader religiosi mussulmani e il richiamo alla risoluzione 1535 (2007). Si impone agli Stati l'obbligo di proteggere gli individui contro penalizzazioni religiose che attentino i diritti alla vita, libertà e sicurezza (punto 13). Ai sensi dell'art. 10.2 Conv. le leggi nazionali possono penalizzare solo le espressioni contro il sentimento religioso che intenzionalmente e continuativamente disturbino l'ordine pubblico e incitano a pubblica violenza (punto 15 e 17.2.3).

Council of Europe, Parliamentary Assembly. Recommendation 4 October 2007, 1580 (2007), The dangers of creationism in education [estratto]

L'attenzione del documento è rivolta alle teorie religiose fondate sul creazionismo, non in quanto credenze ma nel timore che le stesse vengano percepite come verità scientifiche. Scienza e fede devono coesistere ma in ambiti diversi (punto 1). Per alcuni popoli la Creazione, come credenza religiosa, ha dato origine alla vita. Tali credenze, partite dal continente americano cominciano ad interessare anche il contesto europeo, tentando di influenzare l'educazione scolastica (punto 3). Lo studio dell'evoluzione non è, tuttavia, solo un problema scolastico ma ha serie conseguenze nello sviluppo delle nostre società (punto 11) e soprattutto nel settore della ricerca medica. In nome della libertà religiosa si può invocare il rispetto di tali teorie ma non si può dotarle di rispettabilità scientifica (punto 16). Si invitano pertanto i governi ad intervenire per arginare tale fenomeno per proteggere sia la ricerca scientifica che l'insegnamento scolastico (punto 17).

ALGERIA

Loi n° 06-09 du 18 Rabie El Aouel 1427, correspondant au 17 avril 2006, portant approbation de l'ordonnance n° 06-03 du 29 Moharram 1427, correspondant au 28 février 2006, fixant les conditions et règles d'exercice des cultes autres que musulman.

Le Président de la République, Vu la Constitution, notamment les articles 2, 29, 36, 43, 122, 124 (alinéa 2) et 126 ; Vu l'ordonnance n° 06-03 du 29 Moharram 1427 correspondant au 28 février 2006 fixant les conditions et règles d'exercice des cultes autres que musulman ; Après approbation par le parlement;

Promulgue la loi dont la teneur suit:

Article 1er. - Est approuvée l'ordonnance n° 06-03 du 29 Moharram 1427 correspondant au 28 février 2006 fixant les conditions et règles d'exercice des cultes autres que musulman.

Art. 2. - La présente loi sera publiée au Journal officiel de la République algérienne démocratique et populaire.

Fait à Alger, le 18 Rabie El Aouel 1427 correspondant au 17 avril 2006

Ordonnance n° 06-03 du 29 Moharram 1427, correspondant au 28 février 2006, fixant les conditions et règles d'exercice des cultes autres que musulman

Le Président de la République, Vu la Constitution, notamment ses articles 2, 29, 36, 43, 122 et 124;

Vu le pacte international relatif aux droits civils et politiques auquel l'Algérie a adhéré par le décret présidentiel n° 89-67 du 16 mai 1989 ; Vu l'ordonnance n° 66-154 du 8 juin 1966, modifiée et complétée, portant code de procédure civile; Vu l'ordonnance n° 66-155 du 8 juin 1966, modifiée et complétée, portant code de procédure pénale ; Vu l'ordonnance n° 66-156 du 8 juin 1966, modifiée et complétée, portant code pénal; Vu l'ordonnance n° 77-03 du 19 février 1977 relative aux quêtes;

Vu la loi n° 89-28 du 31 décembre 1989, modifiée et complétée, relative aux réunions et manifestations publiques; Vu la loi n° 90-08 du 7 avril 1990, complétée, relative à la commune;

Vu la loi n° 90-09 du 7 avril 1990, complétée, relative à la wilaya; Vu la loi n° 90-31 du 4 décembre 1990 relative aux associations; Le Conseil des ministres entendu, Promulgue l'ordonnance dont la teneur suit:

CHAPITRE I - DISPOSITIONS GENERALES

Article 1er. - La présente ordonnance a pour objet de fixer les conditions et règles d'exercice des cultes autres que musulman.

Art. 2. - L'Etat algérien dont la religion est l'Islam garantit le libre exercice du culte dans le cadre du respect des dispositions de la Constitution, de la présente ordonnance, des lois et règlements en vigueur, de l'ordre public, des bonnes moeurs et des droits et libertés fondamentaux des tiers.

L'Etat garantit également la tolérance et le respect entre les différentes religions.

Art. 3. - Les associations religieuses des cultes autres que musulman bénéficient de la protection de l'Etat.

Art. 4. - Il est interdit d'utiliser l'appartenance religieuse comme base de discrimination à l'égard de toute personne ou groupe de personnes.

CHAPITRE II - DES CONDITIONS D'EXERCICE DU CULTE

Art. 5. - L'affectation d'un édifice à l'exercice du culte est soumise à l'avis préalable de la commission nationale de l'exercice des cultes prévue à l'article 9 de la présente ordonnance.

Est interdite toute activité dans les lieux destinés à l'exercice du culte contraire à leur nature et aux objectifs pour lesquels ils sont destinés.

Les édifices destinés à l'exercice du culte sont soumis au recensement par l'Etat qui assure leur protection.

Art. 6. - L'exercice collectif du culte est organisé par des associations à caractère religieux dont la création, l'agrément et le fonctionnement sont soumis aux dispositions de la présente ordonnance et de la législation en vigueur.

Art. 7. - L'exercice collectif du culte a lieu exclusivement dans des édifices destinés à cet effet, ouverts au public et identifiables de l'extérieur.

Art. 8. - Les manifestations religieuses ont lieu dans des édifices, elles sont publiques et soumises à une déclaration préalable. Les conditions et modalités d'application du présent article sont fixées par voie réglementaire.

Art. 9. - Il est créé, auprès du ministère chargé des affaires religieuses et des wakfs, une commission nationale des cultes, chargée en particulier de: - veiller au respect du libre exercice du culte; - prendre en charge les affaires et préoccupations relatives à l'exercice du culte; - donner un avis préalable à l'agrément des associations à caractère religieux. - La composition de cette commission et les modalités de son fonctionnement sont fixées par voie réglementaire.

CHAPITRE III - DISPOSITIONS PENALES

Art. 10. - Est puni d'un emprisonnement d'un (1) an à trois (3) ans et d'une amende de 250.000 DA à 500.000 DA quiconque, par discours prononcé ou écrit affiché ou distribué dans les édifices où s'exerce le culte ou qui utilise tout autre moyen audiovisuel, contenant une provocation à résister à l'exécution des lois ou aux décisions de l'autorité publique, ou tendant à inciter une partie des citoyens à la rébellion, sans préjudice des peines plus graves si la provocation est suivie d'effets. La peine est l'emprisonnement de trois (3) ans à cinq (5) ans et l'amende de 500.000 DA à 1.000.000 DA si le coupable est un homme de culte.

Art. 11. - Sans préjudice des peines plus graves, est puni d'un emprisonnement de deux (2) ans à cinq (5) ans et d'une amende de 500.000 DA à 1.000.000 DA quiconque: 1 - incite, contraint ou utilise des moyens de séduction tendant à convertir un musulman à une autre religion, ou en utilisant à cette fin des établissements d'enseignement, d'éducation, de santé, à caractère social ou culturel, ou institutions de formation, ou tout autre établissement, ou tout moyen financier, 2 - fabrique, entrepose, ou distribue des documents imprimés ou métrages audiovisuels ou par tout autre support ou moyen qui visent à ébranler la foi d'un musulman.

Art. 12. - Est puni d'un emprisonnement d'un (1) an à trois (3) ans et d'une amende de 100.000 DA à 300.000 DA, quiconque a recours à la collecte de quêtes ou accepte des dons, sa sans l'autorisation des autorités habilitées légalement.

Art. 13. - Est puni d'un emprisonnement d'un (1) an à trois (3) ans et d'une amende de 100.000 DA à 300.000 DA, quiconque: 1 - exerce un culte contrairement aux dispositions des articles 5 et 7 de la présente ordonnance, 2 - organise une manifestation religieuse contrairement aux dispositions de l'article 8 de la présente ordonnance, 3 - prêche à l'intérieur des édifices destinés à l'exercice du culte, sans être désigné, agréé ou autorisé par l'autorité religieuse de sa confession, compétente, dûment agréée sur le territoire national et par les autorités algériennes compétentes.

Art. 14. - La juridiction compétente peut interdire à un étranger, condamné suite à la commission de l'une des infractions prévues par la présente ordonnance, le séjour sur le territoire national définitivement ou pour une période qui ne peut être inférieure à dix (10) ans. Il découle de l'interdiction de séjour l'expulsion, de plein droit, hors du territoire national, de la personne condamnée, après exécution de la peine privative de liberté.

Art. 15. - La personne morale qui commet l'une des infractions prévues par la présente ordonnance est punie: 1 - D'une amende qui ne peut être inférieure à quatre (4) fois le maximum de l'amende prévue par la présente ordonnance pour la personne physique qui a commis la même infraction.

2 - D'une ou de plusieurs des peines suivantes: - la confiscation des moyens et matériels utilisés dans la commission de l'infraction, - l'interdiction d'exercer, dans

Ordonnance n° 06-03 du 29 Moharram 1427, correspondant au 28 février 2006, fixant les conditions et règles d'exercice des cultes autres que musulman

le local concerné, un culte ou toute activité religieuse, - la dissolution de la personne morale.

CHAPITRE IV - DISPOSITIONS TRANSITOIRES ET FINALES

Art. 16. - Les personnes exerçant un culte autre que musulman, dans un cadre collectif, sont tenues de se conformer aux dispositions de la présente ordonnance, dans un délai de six (6) mois, à compter de sa publication au Journal officiel.

Art. 17. - La présente ordonnance sera publiée au Journal officiel de la République algérienne démocratique et populaire.

Fait à Alger, le 29 Moharram 1427, correspondant au 28 février 2006.

INDIA

Rajasthan Freedom of Religion Bill, n. 12/2006, 22 december 2006 [progetto di legge]

A bill to provide for the prohibition of conversion from one religion to another by the use of force or allurement or by fraudulent means and for matters incidental thereto. Be it enacted by the Rajasthan State Legislature in the Fifty-seventh year of the Republic of India, as follows:

1. Short title, extent and commencement

(1) This Act may be called the Rajasthan Dharma Swatantraya Act, 2006.

(2) It extends to the whole of the State of Rajasthan.

(3) It shall come into force at once.

2. Definitions

In this Act, unless the context otherwise requires,

(a) "Unlawful" means which is in contravention of the provision of this Act;

(b) "Allurement" means offer of any temptation in the form of: (1) any gift or gratification, either in cash or kind; (2) grant of any material benefit, either monetary or otherwise;

(c) "Conversion" means renouncing one's own religion and adopting another; (Explanation: Own religion means [the] religion of one's forefathers);

(d) "Force" includes a show of force or a threat of injury of any kind including threat of divine displeasure or social excommunication;

(e) "Fraudulent" means and includes misrepresentation or any other fraudulent contrivance.

3. Prohibition of conversion

No person shall convert or attempt to convert, either directly or otherwise, any person from one religion to another by use of force or by allurement or by fraudulent means, nor shall any person abet any such conversion.

4. Punishment for contravention of provisions of Section 3

Whoever contravenes the provisions of Section 3 shall, without prejudice to any other civil or criminal liability, be punished with simple imprisonment for a term

which shall not be less than two years but which may extend to fifty thousand rupees [approximately £590/€50/\$1080].

5. Offence to be cognizable and non-bailable

Any offence under this Act shall be cognizable and non-bailable and shall not be investigated by an officer below the rank of Deputy Superintendent of Police.

6. Power to make rules

(1) The State Government may make rules for the purpose of carrying out the provisions of this Act.

(2) All rules made under this Act shall be laid, as soon as may be, after they are so made, before the House of the State Legislature, while it is in session, for a period of not less than fourteen days which may be comprised in one session or in two successive sessions and if, before the expiry of the session in which they are so laid or of the session immediately following, the House of the State Legislature makes

any modification in any of such rules or resolves that any such rule should not be made, such rule shall, thereafter, have effect only in such modified form or be of no effect, as the case may be so however, that any such modification or annulment shall be without prejudice to the validity of anything previously done there under.

Statement of Objects and Reasons

It has been observed by the State Government that some religious and other institutions, bodies and

individuals are found to be involved in unlawful conversion from one religion to another by allurement or by fraudulent means or forcibly which at times has caused annoyance in the community belonging to other religions. The inter-religion fabric is weakened by such illegal activities and causes law and order problem for the law enforcing machinery of the State. In order to curb such illegal activities and to maintain harmony amongst persons of various religions it has been considered expedient to enact a special law for the purpose. This bill seeks to achieve the aforesaid objectives.

SPAGNA

Real Decreto 696/2007, de 1 de junio, por el que se regula la relación laboral de los profesores de religión prevista en la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.

La ordenación del régimen jurídico del profesorado de religión ha contado con una diferente regulación durante las últimas décadas. El Concordato de 1953 disponía que la religión católica se impartiría, en las escuelas primarias, por los propios maestros, salvo reparo motivado del Ordinario, y por profesores sacerdotes o religiosos y, subsidiariamente, por profesores seculares nombrados por la Autoridad civil competente a propuesta del Ordinario diocesano, en la enseñanza media.

El Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales de 3 de enero de 1979, suscrito

entre el Estado Español y la Santa Sede, punto de partida del régimen laboral vigente de estos docentes, en su artículo III dispuso que dicha enseñanza sería impartida por las personas que fueran designadas por la autoridad académica entre aquellas que el Ordinario Diocesano propusiera para ejercer esta enseñanza y, en su artículo VII, que la situación económica de los profesores de religión, en los distintos niveles educativos que no perteneciesen a los Cuerpos docentes del Estado, se concertaría entre la Administración Central y la Conferencia Episcopal Española.

De igual modo, unos años más tarde, se suscribieron Acuerdos de Cooperación con las otras confesiones religiosas que, conforme a lo previsto en la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, tienen un arraigo evidente o notorio en la sociedad española. En concreto, por Ley 24/1992, de 10 de noviembre, se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado español con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España; por Ley 25/1992, de 10 de noviembre, se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado español con la Federación de Comunidades Israelitas de España; y, finalmente, por Ley 26/1992, de 10 de noviembre, se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado español con la Comisión Islámica de España (publicadas todas ellas en el BOE del 12 de noviembre).

En dichos Acuerdos, entre otras cosas, se reconoce a las antecitadas confesiones religiosas la capacidad de designar a los profesores que deban impartir la enseñanza religiosa correspondiente.

El 20 de mayo de 1993, el Gobierno español y la Conferencia Episcopal Española suscribieron el primer Convenio, publicado mediante Orden de 9 de septiembre de 1993, sobre el Régimen Económico de las Personas encargadas de la Enseñanza de Religión Católica en Centros Públicos de Educación Primaria que, no siendo personal docente de la Administración, fueran propuestos cada año escolar por el Ordinario del lugar y designados por la autoridad académica, reflejando el compromiso de alcanzar la equiparación económica de estos docentes de religión con los profesores interinos del mismo nivel en un período de cinco ejercicios presupuestarios (1994-1998), además de la adopción por el Gobierno de las medidas oportunas para su inclusión en el régimen Especial de la Seguridad Social de trabajadores por cuenta propia o autónomos, dando cumplimiento a las distintas sentencias del Tribunal Supremo. Sin embargo, el contenido de este Acuerdo no daba total solución a la cuestión, al percibir dicho personal sus retribuciones con cargo a las subvenciones que, con ese fin, venía recibiendo anualmente la Conferencia Episcopal Española, lo que generaba una cierta indeterminación respecto de la naturaleza laboral de la relación que vinculaba a este colectivo.

La Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales Administrativas y del Orden Social para 1999, trató de dar respuesta a la conflictividad subsiguiente, caracterizando dicha relación como laboral, de duración determinada y coincidente con el curso escolar.

En aplicación de esta disposición, y en cumplimiento de las sentencias de aquella época dictadas por diferentes Tribunales de Justicia, el 26 de febrero de 1999 se suscribió un nuevo Convenio entre el Estado y la Conferencia Episcopal Española, publicado por Orden de 9 de abril de 1999, sobre el régimen económico-laboral de este personal, en cuya virtud cada Administración educativa asumió el papel de empleador y venía obligada a darle de alta en el Régimen General de la Seguridad Social al inicio del curso académico 1998-1999, procediendo a contratarlo y retribuirlo a partir de 1 de enero de 1999, por lo que el sistema de pago, vigente desde 1982, mediante subvención a la Conferencia Episcopal Española, dejaba de surtir efectos.

De otra parte, la Directiva comunitaria 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada reconociendo el carácter indefinido de la relación laboral que vincula a este profesorado -salvo para los supuestos expresamente tasados en la Ley- y sin perjuicio de la concurrencia de alguna de las causas previstas de extinción del contrato, vino a incidir en el referido régimen laboral y económico de este colectivo docente.

Por último, de especial aplicación al caso, la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, contempla en su artículo 4 -en concordancia con la Declaración nº 11 de la Unión Europea sobre el estatuto de las iglesias y las organizaciones no confesionales- el derecho de los Estados miembros a mantener o establecer requisitos profesionales esenciales y determinantes para las actividades basadas en la religión o en la ética religiosa.

La Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (en adelante LOE), en su Disposición Adicional tercera, apartado 2, establece que «los profesores que, no perteneciendo a los cuerpos de funcionarios docentes, impartan la enseñanza de las religiones en centros públicos lo harán en régimen de contratación laboral, de conformidad con el Estatuto de los Trabajadores, con las respectivas Administraciones competentes» y que «la regulación de su régimen laboral se hará con la participación de los representantes del profesorado.

Lo establecido en la LOE sobre el profesorado de religión pretende articular la efectividad del mandato contenido en el artículo 27.3 de la Constitución Española por el que los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones, con los derechos que nuestro ordenamiento atribuye a los trabajadores que realizan esas tareas y a la necesidad de respetar la singularidad de la relación de confianza y buena fe que mantienen con las distintas confesiones religiosas con las que existen relaciones de cooperación.

Se atiende la regulación a la doctrina del Tribunal Constitucional, reiterada a partir de la Sentencia 38/2007, de 15 de febrero, que considera válida la exigencia de la idoneidad eclesial como requisito de capacidad para el acceso a los puestos de trabajo de profesor de religión en los centros de enseñanza pública, al propio tiempo que exige que esa declaración de idoneidad, o su revocación, sea respetuosa con los derechos fundamentales del trabajador.

Con la finalidad de dar cumplimiento a lo regulado en la LOE, se dicta el presente Real Decreto, en cuyo proceso de elaboración han sido consultadas las Comunidades Autónomas, a través de la Comisión de Personal de la Conferencia Sectorial de Educación, así como los sindicatos más representativos en el sector docente, presentes en la Mesa Sectorial de Educación, habiendo dado su aprobación, tanto aquéllas como éstos, en reuniones celebradas el 14 de noviembre de 2006. Igualmente han sido consultadas las distintas confesiones religiosas, así como otros sindicatos y asociaciones con presencia en este colectivo.

En el proyecto de Real Decreto ha emitido informe el Consejo Escolar del Estado.

En su virtud, a iniciativa de la Ministra de Educación y Ciencia, a propuesta conjunta de los Ministros de Educación y Ciencia, de Administraciones Públicas, de Justicia y de Trabajo y Asuntos Sociales, de acuerdo con el Consejo de Estado y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 1 de junio de 2007,

DISPONGO:

Artículo 1. Objeto y Ámbito de aplicación.

El presente Real Decreto regula la relación laboral de los profesores de religión que no perteneciendo a los Cuerpos de Funcionarios docentes impartan la enseñanza de las religiones en Centros Públicos prevista en la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.

Artículo 2. Disposiciones Legales y Reglamentarias.

La contratación laboral de los profesores de religión se regirá por el Estatuto de los Trabajadores, Texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica de Educación, por el presente Real Decreto y sus normas de desarrollo, por el Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales, de 3 de enero de 1979, suscrito entre el Estado Español y la Santa Sede, así como por los Acuerdos de Cooperación con otras confesiones que tienen un arraigo evidente y notorio en la sociedad española.

Artículo 3. Requisitos exigibles.

1. Para impartir las enseñanzas de religión será necesario reunir los mismos requisitos de titulación exigibles, o equivalentes, en el respectivo nivel educativo, a los funcionarios docentes no universitarios conforme se enumeran en la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, haber sido propuestos por la Autoridad de la Confesión religiosa para impartir dicha enseñanza y haber obtenido la declaración de idoneidad o certificación equivalente de la confesión religiosa objeto de la materia educativa, todo ello con carácter previo a su contratación por la Administración competente.

2. Para ser contratado como profesor de religión, serán necesarios los siguientes requisitos:

a) Ser español o nacional de alguno de los Estados Miembros de la Unión Europea o nacional de algún Estado al que en virtud de los Tratados Internacionales celebrados por la Unión Europea y ratificados por España sea de aplicación la libre circulación de trabajadores, o ser extranjero con residencia legal en España y autorizado a trabajar o en disposición de obtener una autorización de trabajo por cuenta ajena.

b) Tener cumplidos 18 años de edad.

c) No padecer enfermedad ni estar afectado por limitación física o psíquica incompatible con el desempeño de las correspondientes funciones.

d) No haber sido separado, mediante expediente disciplinario, del servicio de cualquier Administración Pública, ni hallarse inhabilitado para el ejercicio de sus funciones. Los aspirantes cuya nacionalidad no sea la española deberán acreditar igualmente no estar sometidos a sanción disciplinaria o condena penal que impida en su Estado de origen el desempeño de sus funciones.

Artículo 4. Duración y modalidad de la contratación.

1. La contratación de los profesores de religión será por tiempo indefinido, salvo en los casos de sustitución del titular de la relación laboral que se realizará de conformidad con el artículo 15.1.c del Estatuto de los Trabajadores y sin perjuicio de lo dispuesto en las causas de extinción del contrato que figuran en el presente Real Decreto.

2. La determinación de la modalidad del contrato a tiempo completo o parcial, según lo requieran las necesidades de los centros públicos, corresponderá a las Administraciones educativas competentes, sin perjuicio de las modificaciones que a lo largo de su duración y por razón de la planificación educativa, deban de producirse respecto de la jornada de trabajo y/o Centro reflejados en contrato.

Artículo 5. Forma y contenido del contrato.

1. El contrato se formalizará por escrito con anterioridad al comienzo de la prestación laboral.

En todo caso, habrá que formalizar por escrito con anterioridad al comienzo del curso escolar aquellas modificaciones que se produjeran en el contrato precedente de acuerdo con lo que al respecto prevé el artículo 4.2 del presente Real Decreto.

2. El contenido del contrato, deberá especificar, como mínimo:

a) Identificación de las partes; b) Objeto; c) Lugar de trabajo; d) Retribución; e) Duración y/o renovación; f) Jornada de trabajo; g) Cuantos otros aspectos se consideren esenciales en la legislación laboral.

Artículo 6. Acceso al destino.

Se accederá al destino de conformidad con los criterios objetivos de valoración que se estimen adecuados por la Administración competente.

En todo caso deberá valorarse: a) La experiencia docente como profesor de religión, de manera preferente en centros públicos y en el mismo nivel educativo de la plaza a la que se opta.

b) Las titulaciones académicas, de modo preferente las más afines, por su contenido, a la enseñanza de religión; c) Los cursos de formación y perfeccionamiento realizados que estén relacionados con la didáctica, la organización escolar o análogos, de modo preferente, los más afines por su contenido a la enseñanza de religión. Se respetará, en todo caso, los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

Artículo 7. Extinción del contrato.

El contrato de trabajo se extinguirá: a) Cuando la Administración competente adopte resolución en tal sentido, previa incoación de expediente disciplinario; b) Por revocación ajustada a derecho de la acreditación o de la idoneidad para impartir clases de religión por parte de la Confesión religiosa que la otorgó; c) Por las demás causas de extinción previstas en el Estatuto de los Trabajadores;

d) En el caso de trabajadores extranjeros, por la extinción o la no renovación de la autorización de residencia o de residencia y trabajo, como consecuencia de la concurrencia de alguno de los supuestos para dicha extinción o el incumplimiento de alguno de los requisitos para la renovación establecidos en la normativa de extranjería e inmigración.

DISPOSICIÓN ADICIONAL ÚNICA. Profesores de religión contratados en el curso escolar 2006/2007.

Los profesores de religión no pertenecientes a los cuerpos de funcionarios docentes que a la entrada en vigor del presente Real Decreto estuviesen contratados pasaran automáticamente a tener una relación laboral por tiempo indefinido en los términos previstos en este Real Decreto, salvo que concurra alguna de las causas de extinción del contrato prevista en el artículo 7 o que el contrato se hubiere formalizado de conformidad con el artículo 15.1.c del Estatuto de los Trabajadores, es decir, para sustituir al titular de la relación laboral.

DISPOSICIÓN FINAL PRIMERA. Fundamento constitucional.

Este Real Decreto se dicta al amparo del artículo 149.1.7ª de la Constitución, que reserva al Estado la competencia en materia de legislación laboral.

DISPOSICIÓN FINAL SEGUNDA. Entrada en vigor.

El presente Real Decreto entrará en vigor el día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

Dado en Madrid, el 1 de junio de 2007.

Real Decreto 1138/2007, de 31 de agosto, por el que se modifica el Real Decreto 369/1999, de 5 de marzo, sobre términos y condiciones de inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de los ministros de culto de las iglesias pertenecientes a la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España.

Mediante el Real Decreto 369/1999, de 5 de marzo, se procedió a la incorporación definitiva en el Régimen General de la Seguridad Social de los ministros de culto de todas las iglesias agrupadas en la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (FEREDE), en desarrollo de la previsión efectuada al respecto en el artículo 5 del Acuerdo de Cooperación del Estado con dicha Federación, suscrito el 28 de abril de 1992 y aprobado por la Ley 24/1992, de 10 de noviembre.

El artículo 4 del citado Real Decreto, relativo a la cotización a la Seguridad Social respecto de los ministros de culto de FEREDE, se remite en su apartado 1.º a lo previsto en el artículo 29.1 del Reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, conforme al cual la base de cotización para los clérigos y ministros de las distintas iglesias y confesiones religiosas estará constituida por la cuantía del tope mínimo absoluto de cotización vigente en cada momento en el Régimen General de la Seguridad Social para los trabajadores que tengan cumplida la edad de dieciocho años, salvo que en las normas de integración del colectivo de que se trate se disponga otra cosa.

Las circunstancias personales y familiares que presentan la mayor parte de los ministros de culto de las iglesias de FEREDE determinan la oportunidad de contemplar en este momento esa salvedad prevista reglamentariamente en cuanto a la determinación de su base de cotización, al objeto de permitir que se ajuste a la remuneración efectiva que aquéllos perciban por el ejercicio de sus funciones, asignándoles a tal efecto uno de los grupos de cotización al Régimen General de la Seguridad Social. Para ello resulta preciso proceder a la modificación del artículo 4.1 del Real Decreto 369/1999, de 5 de marzo.

Este Real Decreto, en cuya tramitación ha informado la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, se dicta en ejercicio de la habilitación otorgada por la disposición final primera de la Ley 24/1992, de 10 de noviembre.

En su virtud, a propuesta conjunta de los Ministros de Justicia y de Trabajo y Asuntos Sociales, de acuerdo con el Consejo de Estado y previa deliberación de Consejo de Ministros en su reunión del día 31 de agosto de 2007,

DISPONGO

Artículo único. Modificación del Real Decreto 369/1999, de 5 de marzo, sobre términos y condiciones de inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de los ministros de culto de las iglesias pertenecientes a la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España.

El apartado 1 del artículo 4 del Real Decreto 369/1999, de 5 de marzo, sobre

términos y condiciones de inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de los ministros de culto de las iglesias pertenecientes a la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, queda redactado en los siguientes términos:

1. En la cotización a la Seguridad Social respecto de los ministros de culto a que se refiere el artículo 2 de este Real Decreto, se aplicarán las normas comunes del Régimen General, con las siguientes reglas específicas:

a) La base de cotización estará constituida por la remuneración total percibida o que tengan derecho a percibir mensualmente los referidos ministros de culto por razón del desempeño de las funciones indicadas en el citado artículo 2. A tal efecto, las bases mensuales de cotización correspondientes a dichos ministros estarán sujetas a los límites máximo y mínimo del grupo 3 de la escala de grupos de cotización vigentes en el Régimen General de la Seguridad Social.

b) La determinación y liquidación de cuotas se efectuarán de conformidad con lo establecido en las normas 2 y 3 del artículo 29 del Reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre.

DISPOSICIÓN FINAL PRIMERA - Título competencial.

Este Real Decreto se dicta al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.17 de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social.

DISPOSICIÓN FINAL SEGUNDA - Habilitación normativa

Se faculta al Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales para dictar cuantas disposiciones de carácter general resulten necesarias para la aplicación de este Real Decreto.

DISPOSICIÓN FINAL TERCERA - Entrada en vigor.

El presente Real Decreto entrará en vigor el día 1 de enero de 2008.

Dado en Palma de Mallorca, el 31 de agosto de 2007.

Audiencia nacional Inscricion de la Iglesia de scientology de Espana en el Registro de entidades religiosas 11 ottobre 2007, n. 352/2005

La presenza di un registro delle confessioni religiose non autorizza lo Stato ad operare un controllo sulla legittimità delle credenze professate; ai fini dell'iscrizione, la Pubblica Amministrazione deve verificare esclusivamente che gli statuti dell'ente confessionale siano conformi all'art. 3 della Ley Organica de Libertad Religiosa, dove si esplicitano i limiti all'esercizio della libertà religiosa (art. 3.1: rispetto dei diritti altrui e dell'ordine pubblico; art. 3.2: attività con fini diversi da quello di religione e di culto).

Audiencia nacional Inscripcion de la Iglesia de scientology de Espana en el Registro de entidades religiosas - 11 ottobre 2007, n. 352/2005

Sono particolarmente interessanti, e reperibili in internet, anche i seguenti documenti:

Human Rights Council - 4th session : Geneva, 12-30 March 2007- adozione di due risoluzioni:

- Elimination of all forms of intolerance and of discrimination based on religion or belief

- Combating defamation of religions

Parlamento europeo. Risoluzione 6 settembre 2007, Funzionamento dei dialoghi e delle consultazioni con i paesi terzi in materia di diritti dell'uomo.

Francia - Rapport de la Commission d'enquête relative à l'influence des mouvements à caractère sectaire et aux conséquences de leurs pratiques sur la santé physique et mentale des mineurs (Président M. Georges FENECH, Rapporteur M. Philippe VUILQUE), 12 décembre 2006

Spagna - LEY 14/2007, de 3 de julio 2007, de Investigación biomédica.

Presentazione

In relazione alla “giurisprudenza e legislazione penale” in questo numero si è ritenuto di dare spazio ad alcuni interventi giurisprudenziali in tema di diritto di cronaca, di radiazioni elettromagnetiche emesse da Radio Vaticana ed infine di maltrattamenti familiari. La prima delle sentenze pubblicate riguarda il diritto di critica giornalistica e il diritto di cronaca, specificando che gli stessi possono essere esercitati anche quando ne derivi una lesione all'altrui reputazione, purché vengano rispettati determinati limiti, individuati dalla giurisprudenza (verità della notizia pubblicata; utilità sociale dell'informazione in relazione all'attualità e rilevanza dei fatti narrati e esigenza che l'informazione sia mantenuta nei limiti della obiettività o serenità e in una forma espositiva corretta in modo che siano evitate gratuite aggressioni all'altrui reputazione). La seconda sentenza, invece, resa dalla corte di Appello di Roma e annotata dalla dott.ssa Valeria Orlando, ha sancito che non è condivisibile la sussumibilità nel reato di cui all'art. 674 c.p. (getto pericoloso di cose), del fenomeno dell'inquinamento elettromagnetico prodotto da Radio Vaticana.

Da ultimo si è ritenuto di pubblicare la sentenza della Cassazione penale n. 31510 del 2 agosto 2007 che ha ravvisato la scriminante dello stato di necessità nell'ipotesi in cui un soggetto rinchiuda e leghi una propria congiunta al fine di prevenire il suicidio che la stessa ha minacciato perché teme ritorsioni per il suo stile di vita non conforme alla cultura della famiglia di appartenenza.

Corte di Cassazione, Sez. penale V, 2 agosto 2007, n. 31510

Sequestro di persona – Maltrattamenti – Violenze - Società multietnica – Diritti fondamentali – Stato di necessità – Scriminanti – Tradizioni culturali

Nel momento del controllo di legittimità, la Corte di Cassazione non deve stabilire se la decisione di merito proponga effettivamente la migliore possibile ricostruzione dei fatti, nè deve dividerne la giustificazione, ma deve limitarsi a verificare se questa giustificazione sia compatibile con il senso comune e con “i limiti di una plausibile opinabilità di apprezzamento”. Nel caso di specie, in particolare, la Corte non ha rilevato alcun vizio nella sentenza di primo grado, che ha ritenuto sussistente – rispetto al delitto di sequestro di persona – la scriminante dello stato di necessità, accogliendo la tesi difensiva secondo cui gli imputati avrebbero rinchiuso e legato una propria congiunta, al fine di prevenire il suicidio minacciato dalla stessa temendo ritorsioni per il suo stile di vita non conforme alla cultura della famiglia di appartenenza.

FATTO

Il Procuratore Generale della Repubblica di Bologna ricorre per cassazione contro la sentenza del 26 settembre 2006 con la quale la Corte di appello di Bologna, in riforma della sentenza di primo grado, ha assolto R.M., S.J. e R.R. dai delitti di sequestro di persona e di maltrattamenti in danno di R. F. Il ricorrente denuncia violazione di legge e vizio di motivazione e deduce che R.F., figlia di R.M. e di S. J. e sorella di R.R. è stata segregata per circa due ore nella propria stanza con le mani legate dietro la schiena ed è stata liberata solo per essere poi brutalmente picchiata dai propri congiunti che volevano punire la ragazza per la frequentazione di un amico e più in generale per il suo stile di vita, non conforme alla loro cultura.

Avrebbe errato la Corte di merito nell'accogliere la tesi difensiva secondo la quale gli imputati avrebbero rinchiuso e legato R. F. solo al fine di prevenire il suicidio che la ragazza avrebbe minacciato, ritenendo sussistente, quanto al delitto di sequestro di persona, la scriminante dello stato di necessità.

Deduce il ricorrente che la Corte di merito non avrebbe adeguatamente motivato le proprie decisioni, omettendo di tenere nel debito conto le dichiarazioni della persona offesa e dei testi Sa. e G. e, quanto al sequestro, fondandosi principalmente sulle interessate dichiarazioni degli imputati. Sussisterebbe il difetto di motivazione “relativamente a quella statuizione dell'art. 54 c.p. per cui il pericolo non deve essere volontariamente causato dal soggetto agente” nonché in ordine alla possibilità di evitare il pericolo “altrimenti”, ai sensi dell'art. 54 c.p.

DIRITTO

Osserva la Corte che il ricorso deve essere dichiarato inammissibile.
(*Omissis*)

Ciò premesso, va rilevato che nessun vizio è riscontrabile nella sentenza impugnata la quale è pervenuta all'assoluzione degli imputati attraverso la considerazione delle varie prove acquisite e la corretta indicazione del significato dimostrativo loro attribuito dal giudice, in particolare evidenziando innanzitutto che dall'istruttoria dibattimentale del primo giudizio era emerso con certezza che F., terrorizzata dalle possibili ritorsioni dei familiari perchè la stessa non si era recata al lavoro incontrandosi con un uomo, aveva minacciato di suicidarsi, sia mettendosi una corda intorno al collo, sia cercando di raggiungere una finestra per buttarsi di sotto.

La Corte di merito ha accertato che, secondo la versione dibattimentale della persona offesa, le vennero legati i polsi con la corda per impedirle di attuare il suo proposito suicidario, e quindi percossa e che le valutazioni del primo giudice, secondo cui la ragazza prima sarebbe stata legata e sottoposta al pesante trattamento punitivo e poi essa avrebbe tentato il suicidio, e che non corrispondeva alla versione dibattimentale di F., collimante per lo più con la tesi degli imputati, che la legatura dei polsi fu determinata dal proposito di impedire gesti di autolesionismo.

Trattasi di accertamento in fatto non censurabile in sede di legittimità dal quale la Corte territoriale ha correttamente desunto l'esistenza di un ragionevole dubbio circa la sussistenza della scriminante dello stato di necessità. Scriminante non esclusa - come sostiene il ricorrente - dal pregresso comportamento degli imputati, una volta che la Corte di merito - anche qui con accertamento insindacabile in Cassazione, ritenendo le deposizioni del G. e della Sa., al riguardo, estremamente generiche e non riscontrate dalla deposizione della diretta interessata - ha ritenuto che non sussistesse la "piena prova della abitudine delle condotte violente dell'imputato in danno della figlia" ma la prova di tre soli episodi nell'arco della vita di F., peraltro tutti motivati da comportamenti della figlia ritenuti scorretti e quindi non espressioni il necessario requisito di volontà di sopraffazione e disprezzo.

P.Q.M.

Dichiara inammissibile il ricorso.

**Corte di Appello di Roma, sez. I penale, 25 giugno 2007,
n. 4266**

**Radiazioni elettromagnetiche – Radio - Energia elettromagnetica
– Danni - Onde radio - Effetti nocivi - Emittente radio – Antenne
- Inquinamento elettromagnetico**

Non è condivisibile la sussumibilità nel reato, di cui all'art. 674 c.p. (Getto pericoloso di cose), del fenomeno dell'inquinamento elettromagnetico. Ci si trova, infatti, di fronte ad una lacuna legislativa, che non può essere colmata con una interpretazione analogica, rectius con una applicazione analogica quale sarebbe quella volta ad affermare la riconducibilità dell'inquinamento elettromagnetico nel paradigma punitivo dell'art. 674 c.p. Del resto, anche a voler dilatare al massimo l'estensione del concetto di "cosa", ricomprendendovi anche le onde elettromagnetiche, rimane il fatto che esse non sono elementi di immediata percezione e suscettibili di essere gettati o versati in un luogo di pubblico transito o in un luogo privato, ma di comune o di altrui uso; donde l'impossibilità, senza violare il principio costituzionale di legalità (art. 25 co. 2 Cost., art. 1 c.p.), di estendere agli stessi la portata della norma incriminatrice.

FATTO

Imputati del reato p.e.p. dall'art. 110 e 647 c.p., in quanto in concorso tra loro, nella loro qualità di responsabili della gestione e del funzionamento di Radio Vaticana, diffondevano tramite gli impianti siti in Santa Maria di Galeria, radiazioni elettromagnetiche atte ad offendere o molestare persone residenti nelle aree circostanti, ed in particolare a Cesano di Roma, arrecando alle stesse disagio, disturbo, fastidio e turbamento.

(Omissis)

DIRITTO

Con sentenza in data 9-5-2005 del Tribunale di Roma in composizione monocratica T. R. e B. P. venivano condannati, previo riconoscimento delle attenuanti generiche, ciascuno alta pena di giorni 10 di arresto, col beneficio della sospensione condizionale, nonché al risarcimento dei danni, da liquidarsi in separata sede, e alla rifusione delle spese in favore delle parti civili in epigrafe specificate, in quanto colpevoli, il T. fino al 31-1-2000, del reato previsto dall'art. 674 c. p. per avere in concorso tra loro, nella loro qualità di responsabili della gestione e del funzionamento della RADIO VATICANA, diffuso tramite gli impianti siti in Santa Maria di Galena radiazioni elettromagnetiche atte ad offendere o molestare persone residenti nelle aree circostanti, ed in particolare a Cesario di Roma, arrecando alle stesse disagio, disturbo, fastidio e turbamento; reato permanente, accertato dal luglio 1999.

(Omissis)

Ciò posto il Tribunale rilevava che dall'ampia istruttoria esperita era risultata provata – più che l'astratta attitudine a molestare persone attraverso la propagazione

delle onde elettromagnetiche da parte degli impianti di Radio Vaticana - la sussistenza di rilevanti molestie in concreto arrecate alle persone residenti nella zona circostante in modo permanente dal 1999, a prescindere dal superamento dei limiti nelle emissioni elettromagnetiche, molestie consistite in disturbi nella ricezione di programmi televisivi e nel funzionamento di citofoni e di apparecchi telefonici, nonché di video registratori ed impianti stereo, il cui uso era spesso interrotto o disturbato da continue interferenze delle trasmissioni di Radio Vaticana. Oltre a ciò – motivava il Tribunale – non era revocabile in dubbio l'ulteriore molestia arrecata dalle emissioni di onde elettromagnetiche provenienti da Radio Vaticana, consistente nella generalizzata preoccupazione e nell'allarme sorti nella popolazione in ordine ai possibili effetti nocivi derivanti dalla esposizione alle onde elettromagnetiche; timori non infondati, tant'è che lo stesso legislatore aveva ritenuto di adottare la Legge 22-2-2001, n. 36 sulla protezione dalle esposizioni a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici.

(*Omissis*)

Avverso la sentenza proponevano ritualmente appello entrambi gli imputati, il T. tramite i difensori avvocati Pacelli e Melandri, e il B. tramite i difensori Coppi e Melandri, con atti separati ma di contenuto identico, deducendo i seguenti motivi: I) nullità della sentenza per mancata notifica del decreto di citazione al difensore del B., avvocato Gambino, la cui nomina non poteva ritenersi limitata alla sola fase del ricorso per Cassazione così come ritenuto dal primo giudice, che aveva rigettato la relativa eccezione formulata dall'avv. Melandri;

2) assoluzione perché il fatto non è preveduto dalla legge come reato: l'ambito di operatività dell'art. 674 c.p. poteva essere ampliato fino a farvi ricomprendere l'inquinamento elettromagnetico non già in virtù di una interpretazione estensiva della norma, ma soltanto attraverso un'applicazione analogica della legge, non consentita in campo penale; invero se l'applicazione della norma può avvenire, come spiegato dalla Cassazione nella sentenza Pagano, solo a seguito di una "smaterializzazione" della condotta tipica (gettare cose) prevista dal legislatore conte condotta materiale, era evidente che non si era più nell'ambito dell'interpretazione estensiva ma si era passati in quello dell'interpretazione analogica.

Né il problema poteva superarsi col richiamo dell'art. 624 co. 2 c.p., secondo cui "agli effetti della legge penale si considera cosa mobile anche l'energia elettrica e ogni altra energia che abbia valore economico": a prescindere dal pur lecito interrogativo sul valore economico dell'energia elettromagnetica e dall'opinione di chi ritiene che l'equiparazione valga soltanto nel campo dei reati contro il patrimonio, vi erano tuttavia proposizioni normative nelle quali la parola cosa, interpretata nel contesto della disposizione e secondo la sua connessione con altre parole, non poteva che esprimere il significato di oggetto materiale o, meglio ancora, solido, come ad esempio nell'art. 675 c.p.: solo queste cose infatti possono essere sospese e possono cadere in quei luoghi specificamente indicati da detto articolo.

Anche nell'art. 674 c.p., ove è impiegato lo stesso termine "cosa", il luogo del getto o del versamento (luogo di pubblico transito o lungo privato ma di comune o altrui uso) richiama ancora una volta la natura della cosa che può essere gettata o versata, e porta a concludere che la norma in questione possa riguardare unicamente cose materiali solide o liquide; il concetto di cosa materiale può certamente essere celeste, ma sicuramente non possono in esso essere ricomprese le onde elettromagnetiche, non riconducibili al significato proprio dell'espressione "gettare cose" interpretata secondo i criteri dettati dall'aut. 12 delle disposizioni sulla legge in generale;

3) assoluzione perché il fatto non costituisce reato: a seguito dell'introduzione

nell'ordinamento della legge 36/2001 non può considerarsi consumato il reato quando siano stati rispettati, come nella specie, i limiti fissati dalla legge; l'art. 15 della citata legge afferma "salvo che il fatto costituisca reato, chiunque...superi i limiti di esposizione e i valori di attenzione di cui ai decreti... è punito con la sanzione amministrativa..."; se l'art. 674 c.p. si dovesse ritenere applicabile tanto nel caso in cui i limiti siano superati quanto nel caso in cui essi siano stati invece osservati, non vi sarebbe stato bisogno di ricorrere alla clausola di salvaguardia, che fa esclusivo riferimento al superamento dei limiti; né potrebbe replicarsi che il caso in esame dovrebbe essere ricondotto nella prima parte dell'art. 674 c.p., che pone un divieto assoluto di porre in essere condotte generatrici di molestie, indipendentemente dal fatto che esse si attuino con modalità rientranti nelle misure di tutela dettate dalla legge: infatti è proprio l'introduzione della legge speciale che, fissando limiti, equipara le due ipotesi previste dall'art. 674 c.p.;

4) assoluzione perché il fatto non sussiste: innanzitutto la sentenza non aveva risolto il problema delle responsabilità "soggettive" degli imputati, che avrebbero dovuto essere assolti per non aver commesso il fatto, non essendo stato provato che il Direttore Generale di Radio Vaticana o il Presidente del comitato di Gestione avessero il potere di decidere se effettuare o meno e con quale intensità certe trasmissioni; in secondo luogo nella specie, contrariamente a quanto ritenuto dal primo giudice che aveva effettuato una lettura parziale delle risultanze istruttorie, non erano stati superati i limiti di legge, sicché non poteva configurarsi la violazione dell'art. 674 c.p.;

5) assoluzione perché comunque le emissioni delle antenne di Radio Vaticana non avevano causato "molestie o disturbi": il primo giudice aveva evidenziato le deposizioni testimoniali favorevoli all'ipotesi accusatoria, ignorando però le risultanze favorevoli alla difesa come ad esempio la Consulenza richiesta dal Comando Regione Carabinieri Lazio del 2001 la quale afferma: "l'analisi delle misurazioni effettuate evidenzia che sia nei locali interni sia all'esterno non esiste alcuna zona in cui tali limiti siano superati, anche in condizioni di forte impegno degli impianti, almeno per la finestra temporale osservata nella presente indagine. Per quel che riguarda il valore di cautela di cui all'art. 4 del Dl 381/98, tale valore non è mai stato superato nelle misure all'interno dell'edificio".

Gli imputati dovevano dunque essere assolti perché il fatto non sussiste, o comunque per non aver commesso il fatto, con conseguente eliminazione della condanna al risarcimento dei danni.

All'esito del giudizio di secondo grado, conclusosi all'odierna udienza in cui le parti hanno concluso come in epigrafe trascritto, osserva la Corte quanto segue.

La prescrizione del reato, già intervenuta quantomeno nei confronti del T. la cui responsabilità è stata ritenuta fino al 31/12/2000, non esime dall'esaminare la fondatezza dell'accusa, ai fini dell'eventuale conferma delle statuizioni civili della sentenza ai sensi dell'art. 578 c.p.p.

(Omissis)

Per quanto riguarda il merito, ritiene la Corte fondato e assorbente il secondo motivo d'appello, non apparendo giuridicamente corretto sussumere la fattispecie della produzione di campi elettromagnetici nella previsione di cui alla prima parte dell'art. 674 c.p. È ben consapevole la Corte che il fenomeno dell'inquinamento elettromagnetico al giorno d'oggi ha assunto un rilievo sempre più crescente, alla stregua del numero sempre più ampio di impianti e di apparecchiature che sviluppano campi elettromagnetici e della crescente attenzione al riguardo dell'opinione pubblica e degli studi scientifici. Ma la consapevolezza del problema e il pur lodevole intento

di ovviarvi trovando una soluzione giuridicamente valida non può condurre ad una forzatura nell'interpretazione della norma: all'arretratezza della normativa in materia non può e non deve supplire il giudice, bensì il legislatore, non spettando al primo alcun ruolo di supplenza nei confronti dell'inerzia del secondo.

Ciò non implica del resto una mancanza di protezione nei confronti dei cittadini giacché, mancando disposizioni che configurino illeciti di natura penale riferiti espressamente alla propagazione delle onde elettromagnetiche, gli strumenti di tutela a fronte dal rapido incremento delle fonti inquinanti sono stati individuati in sede civile, per lo più attraverso la proposizione di ricorsi cautelari in via d'urgenza ai sensi dell'art. 700 c.p.c., o in sede amministrativa; e d'altra parte non è qui in questione la problematica afferente le conseguenze dannose provocate dalle onde elettromagnetiche, giacché con riferimento ai superiori valori della salute anche nel caso delle onde elettromagnetiche è ben possibile la tutela penale (e infatti nei confronti degli imputati pende altro procedimento penale), qualora si configuri il reato di lesioni o altro reato a forma c.d. libera, in cui cioè non rileva in che modo venga realizzato l'evento. Quello che la Corte non condivide è la configurabilità nel fenomeno dell'inquinamento elettromagnetico del reato di cui all'art. 674 c.p., così come ritenuto, nel meritevole sforzo di dare tutela a situazioni socio-economiche nuove, dal prevalente orientamento della Cassazione. Non sembra invero alla Corte che si sia in presenza di una interpretazione adeguatrice del dettato letterale normativo, bensì di una estensione dello stesso a fattispecie diverse, e ciò non può accettarsi per il principio di legalità, così come già rilevato nella sentenza Suraci del 27 febbraio 2002.

Con tale sentenza la Cassazione ha decisamente escluso che la condotta di chi genera campi elettromagnetici possa ricondursi alla contravvenzione di cui all'art. 674 c.p., in quanto ha osservato che questa norma descrive due ipotesi di comportamento materiale che differiscono in maniera sostanziale da quello consistente nell'emissione di onde elettromagnetiche; il gettare delle cose presuppone la preesistenza di dette cose in natura, mentre l'emissione di onde elettromagnetiche consiste nel generare flussi di onde che prima dell'azione generatrice non esistevano. L'assimilabilità delle onde elettromagnetiche al concetto di cosa non può poi, secondo la sentenza Suraci, essere automatica, ma richiede necessariamente un'esplicita previsione normativa, come è avvenuto con la disposizione dell'art. 624 c.p. in caso di furto. Anche la seconda ipotesi di comportamento materiale contemplata dall'art. 674 c.p., e cioè l'emissione di gas, vapori o fumi, non potrebbe in alcun modo essere equiparata al fenomeno dell'emissione delle onde elettromagnetiche. Un'interpretazione estensiva in *malam partem* della norma incriminatrice, ha concluso la sentenza Suraci, è poi vietata dal principio di stretta legalità, delineato nel nostro ordinamento giuridico dall'art. 25 Cost., dall'art. 1 c.p. e dall'art. 14 disposizioni sulla legge in generale.

Orbene, anche se tale sentenza è stata disattesa da successive pronunce della Cassazione, ritiene la Corte che essa sia corretta, mentre non appare condivisibile il ragionamento seguito dall'orientamento prevalente della giurisprudenza.

Invero, se è indiscutibile che – come si legge nella sentenza Cappellieri del 14 ottobre 1999, le cui argomentazioni sono state sostanzialmente recepite dalle sentenze successive, di contenuto “tralatizio” – l'intenzione del legislatore di cui all'art. 12 delle disposizioni sulla legge va intesa come volontà della legge obiettivamente considerata, poiché l'art. 14 delle disposizioni medesime statuisce che le leggi penali “non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati” è compito dell'interprete accertare se la “volontà” che si pretende di attribuire alla norma sia interna o esterna alla stessa, ovvero accertare se tale volontà possa ricavarsi dalla norma stessa, pur

dando al testo un significato più ampio di quello che apparentemente risulta da essa (interpretazione estensiva) oppure debba essere mutuata da una norma diversa o anche dai principi generali dell'ordinamento giuridico (interpretazione analogica).

(*Omissis*)

Ciò precisato, tenendo presenti tali principi, la soluzione del problema appare agevole, sulla scorta dell'analisi semantica della disposizione in esame e, condotta alla stregua delle preleggi. Sotto il profilo oggettivo gli elementi costitutivi della contravvenzione in parola sono rappresentati, in quanto qui interessa, dal gettare o versare, nei luoghi specificamente indicati dalla norma, rispettivamente "cose" solide o liquide, oppure nel provocare emissioni di gas, di vapori o di fumo, atte a offendere o imbrattare o molestare persone. Innanzitutto sembra opportuno rilevare che l'art. 674 c.p. configura una norma penale mista, in quanto prevede congiuntamente più tipologie fattuali. Peraltro nella prima ipotesi (getto o versamento di cose) l'alternativa tra il gettare e il versare è meramente modale, mentre tra la prima e la seconda ipotesi (provocare nei casi non consentiti emissioni di gas, vapori e fumi) c'è incompatibilità logica.

Orbene, essendo le onde elettromagnetiche una forma di energia e ammettendo che abbiano un valore economico, ad un primo approccio appare suggestivo l'orientamento prevalente in quanto difficilmente si potrebbe negare la loro qualità di "cose mobili" agli effetti della legge penale, come stabilisce in generale l'art. 624 co. 2 c.p., e dunque anche agli effetti dell'art. 674 c.p.

(*Omissis*)

In altri termini sembra alla Corte che l'orientamento giurisprudenziale favorevole alla configurabilità della contravvenzione in esame nel caso di emissione di onde elettromagnetiche sia giunto a tale conclusione interpretando singolarmente le parole utilizzate nella norma, e non secondo la loro connessione. Per di più anche il luogo del getto (di pubblico transito o luogo privato ma di comune o altrui uso) concorre nella fattispecie a circoscrivere la natura delle cose che possono essere gettate, escludendo che in essa possano essere ricomprese anche le onde elettromagnetiche, che per la loro essenza si disperdono in tutte le direzioni nell'atmosfera.

Il vuoto di tutela e il giustificato e crescente allarme sociale non possono legittimare interpretazioni assertivamente evolutive, ma in contrasto con i principi giuridici. In conclusione ritiene la Corte che ci si trovi di fronte ad una lacuna legislativa, che non può essere colmata con una interpretazione analogica, *rectius* con una applicazione analogica quale sarebbe quella volta ad affermare la riconducibilità dell'inquinamento elettromagnetico nel paradigma punitivo dell'art. 674 c.p.: anche a voler dilatare al massimo l'estensione del concetto di cosa ricomprendendovi anche le onde elettromagnetiche, resta il fatto che esse non sono elementi di immediata percezione e suscettibili di essere gettati o versati in un luogo di pubblico transito o in un luogo privato ma di comune o di altrui uso; donde l'impossibilità, senza violare il principio costituzionale di legalità (art. 25 co. 2 Cost., art. 1 c.p.), di estendere agli stessi la portata della norma incriminatrice. Entrambi gli imputati vanno pertanto assolti dall'addebito loro ascritto perché il fatto non è previsto dalla legge come reato: e in tal senso va riformata l'imputata sentenza,

P.Q.M

Visto l'art. 605 c.p.p.

In riforma della sentenza del Tribunale di Roma in data 9/5/2005 appellata da T. R. e B. P., assolve i predetti dall'imputazione loro ascritta perché il fatto non è previsto dalla legge come reato.

Indica in giorni trenta il termine per il deposito della motivazione.

Propagazione di onde elettromagnetiche e reato ex art. 674 c.p.

VALERIA ORLANDO

1. La vicenda

La sentenza resa in data 25.6.2007 dalla I Sezione penale della Corte d'Appello di Roma chiude l'ulteriore capitolo della vertenza sul caso del presunto inquinamento elettromagnetico causato dagli impianti di radiodiffusione della stazione di Santa Maria di Galeria di Radio Vaticana, assolvendo gli imputati, padre Pasquale Borgomeo, già direttore generale dell'emittente, e il cardinale Roberto Tucci, ex presidente del comitato di gestione, dall'accusa del reato di "getto pericoloso di cose", (art. 674 c.p.) giacché *"il fatto contestato non è previsto dalla legge penale come reato"*.

Come ben poteva prevedersi, tale sentenza ha lasciato insoddisfatta l'opinione pubblica ed i comitati ed associazioni schierati contro la Radio Vaticana, tanto più sensibilizzati all'argomento in considerazione della tutela del diritto alla salute delle famiglie (adulti e bambini) che risiedono nelle zone vicine alle installazioni.

Doverosa sembra una sintesi dei fatti.

Il caso dell'emittente cattolica scoppia clamoroso nel corso del 2001 quando l'attività del Centro Trasmittente della Radio Vaticana situato a Santa Maria di Galeria, a Nord di Roma, diventa oggetto delle polemiche circa l'osservanza o meno da parte dell'emittente delle norme italiane sulle emissioni elettromagnetiche.

Inizialmente esso fu affrontato nel quadro delle trattative fra Italia e Santa Sede attraverso un'apposita Commissione bilaterale. Ma alcune associazioni ambientaliste, comitati e persone residenti nella zona, stanchi dei disturbi e delle interferenze denunciate, riuscirono ugualmente a portare la Radio in Tribunale con l'accusa di aver diffuso "radiazioni elettromagnetiche". Il reato contestato ai dirigenti della Radio era quello di "getto pericoloso di cose", in violazione all'art. 674 del Codice Penale.

La prima fase del giudizio si concluse con la pronuncia del 19 febbraio 2002 del Tribunale di Roma, con la quale Giudice dichiarò di non dover procedere per difetto di giurisdizione, in forza del Trattato Lateranense, riconoscendo la Radio Vaticana come Ente Centrale della Chiesa Cattolica.

Successivamente, sulla vicenda connessa al livello delle emissioni elettromagnetiche della stazione radio di Santa Maria di Galeria si è pronunciata la Corte di Cassazione che, con la sentenza della Sez. I, 21 maggio 2003, n. 22516, e le motivazioni che verranno illustrate di seguito, ha annullato la pronuncia di primo grado.

In conseguenza di ciò, ed in forza del rinvio al primo giudice, il 23 ottobre 2003 è iniziata un'ulteriore fase del processo che, durata un anno e mezzo, si è conclusa con la condanna di padre Borgomeo e del cardinale Tucci a dieci giorni di arresto, con sospensione della pena per il reato previsto dall'art. 674 c.p..

Di qui, l'impugnazione degli interessati innanzi la corte d'Appello di Roma che, con la sentenza in commento, ha ribaltato la tesi di primo grado che individuava fatti e responsabilità dei vertici dell'emittente, statuendo che *"il fatto contestato non è previsto dalla legge italiana come reato"*.

2. I precedenti sul caso

I giudici della I Sezione penale della Corte d'Appello di Roma, hanno affrontato la vicenda delle emissioni elettromagnetiche propagate da Radio Vaticana soffermandosi sulla qualificazione giuridica del fatto ascritto agli imputati, prescindendo del tutto dai complessi problemi attinenti la giurisdizione e i rapporti tra Stato Vaticano e ordinamento giuridico italiano derivanti dall'art. 11 del Trattato Lateranese, che recita *"Gli enti centrali della Chiesa Cattolica sono esenti da ogni ingerenza da parte dello Stato italiano (salvo le disposizioni delle leggi italiane concernenti gli acquisti dei corpi morali), nonché la conversione nei riguardi dei beni immobili"*; la lettura di tale norma, e l'individuazione della categoria degli "enti centrali della Chiesa cattolica", infatti, avevano caratterizzato le precedenti pronunce della giurisprudenza sul caso *de quo* e sollevato aspre discussioni in dottrina.

Occorre senz'altro rammentare che, l'obbligo di non ingerenza sugli enti centrali della chiesa cattolica da parte dello Stato italiano, previsto dall'art. 11 del Trattato¹

¹ Prima del caso IOR, la disposizione dell'art. 11 del Trattato, non aveva, in realtà, particolarmente interessato la dottrina. Vale la pena di rammentare, in argomento, l'opinione di VITTORIO DEL GIUDICE il quale, nel *Manuale di diritto ecclesiastico*, VII ed., Milano, 1949, p. 127, parlando di *"guarentigie relative all'esercizio della suprema potestà di giurisdizione"*, si limita ad una parafrasi del testo della norma; ARTURO CARLO JEMOLO, riconosce la più ampia portata possibile al divieto di cui all'art. 11 Trattato. Infatti egli ritiene che *"L'astensione da qualsiasi ingerenza, che lo Stato italiano ha promesso con la citata disposizione, va intesa nel senso più largo e vuol significare che gli enti suddetti non ritrovano in condizione di sudditanza nei confronti dello Stato"*. In tal senso si esprime in *Lezioni di diritto ecclesiastico*, Roma, 1946, p. 86. Autorevolmente, PIETRO AGOSTINO D'AVACK ritiene che l'art. 11 del Trattato costituisca un'importantissima garanzia sussidiaria di libertà ed indipendenza della Santa Sede giacché la disposizione citata, unitamente agli artt., 10, 12, 15, 16, 17, 23 del Trattato, è dettata *"dall'unico motivo di assicurare alla S. Sede, quale suprema istituzione della Chiesa cattolica, quanto le occorre...per provvedere con le dovute libertà ed indipendenza al governo pastorale della Diocesi di Roma e della Chiesa cattolica in Italia e nel mondo"*. *Chiesa, S.Sede e Città del Vaticano nel jus publicum ecclesiasticum*, Firenze, 1937, pp. 219-221. Di diverso avviso PIO CIPROTTI, che, con opinione isolata a quell'epoca, quanto alla norma dell'art. 11 Trattato, afferma che *"L'esenzione... riguarda l'ingerenza amministrativa, ma non toglie che essi (enti centrali) possano agire o in taluni casi essere anche convenuti presso i competenti tribunali italiani"*. *Diritto ecclesiastico*, II Ed., Padova, Cedam, 1964, p. 106. La giurisprudenza, dal canto suo, aveva affrontato la questione della portata del divieto di ingerenza e della individuazione degli enti centrali, in una pronuncia del Tribunale di Roma risalente al 28 aprile 1939, ed aveva statuito che *"La denominazione di enti centrali della Chiesa cattolica, dunque, non può che riferirsi che agli enti costituiti dagli stessi organi di governo centrale della Chiesa, ai quali si è voluta creare quella situazione giuridica di completa libertà che era, al tempo stesso, condizione e corollario della assoluta indipendenza da ogni intervento ed ingerenza dello Stato italiano, garantita alla Santa Sede per l'adempimento della sua alta missione nel mondo, e della assoluta sovranità, potestà e giurisdizione alla medesima riconosciute sul Vaticano e sulle sue pertinenze e dotazioni, giusta art. 3 e 4 del Trattato del cui concetto informatore la norma dell'art. 11 non costituisce che una specifica applicazione"* in *Diritto ecclesiastico*, 1939, p. 385 e ss, qui p. 389.

aveva già acceso un vivace dibattito negli anni ottanta, allorchando suscitò clamore la delicata controversia che aveva pesantemente coinvolto l'Istituto Opere di Religione (IOR), quale istituto finanziario e bancario di cui si avvale la Santa Sede, e per la quale il Vaticano si era appellato all'art.11 del Trattato Lateranense qualificandolo "ente centrale"².

La Corte di Cassazione, con la sentenza del 17 luglio 1987 n. 3932, confermò tale qualificazione, giudicando illegittimi i mandati di cattura emessi dai giudici di primo grado di Milano a carico di amministratori e dirigenti dello IOR. In tale occasione, la Cassazione statuí il principio secondo cui "L'obbligo di "non ingerenza" sugli enti centrali della chiesa cattolica da parte dello stato italiano, previsto dall'art. 11 del Trattato Lateranense, si riferisce ai detti enti, in quanto operanti nel territorio italiano, come si evince dalla eccezione e quindi dall'unica possibilità di "ingerenza" disciplinata dallo stesso art. 11, con riferimento agli acquisti dei corpi morali". Inoltre per "obbligo di non ingerenza", la Suprema corte intendeva "...il dovere, internazionalmente assunto, di non esercitare le funzioni pubbliche della sovranità, comunque implicanti un intervento nella organizzazione e nell'azione dei menzionati enti. Di conseguenza, "l'esclusione non è limitata ai soli poteri pubblici di contenuto amministrativo ma concerne la sovranità stessa in tutte le sue esplicazioni pubbliche di poteri, potestà e funzioni e quindi anche la giurisdizione".

Con riferimento alla individuazione dell'ente centrale, poi, la Corte ritenne che tale è "quello costituzionalmente rilevante nell'ordinamento giuridico della Chiesa cattolica e cioè dotato di personalità giuridica, autonomia patrimoniale e competenza funzionale universale (ovverosia estesa a tutto l'ordinamento), per il raggiungimento dello scopo ad esso connaturale ed essenziale".

I citati principi scatenarono la reazione della dottrina³ sull'interpretazione dell'art. 11 del trattato circa la "non ingerenza" intesa quale limite all'azione penale dello Stato⁴. Al di là di posizioni minoritarie che aderirono alla tesi della Corte di Cassazione⁵, vi fu anche qualche autore che evidenziò la necessità di una chiarificazione pattizia della norma che indicasse almeno quali fossero gli enti da considerare "centrali"⁶.

² Il caso IOR nasceva dalla imputazione all'ente di favorire movimenti finanziari discutibili e difficilmente controllabili fruendo peraltro della contiguità territoriale tra Italia e Città del Vaticano.

³ La dottrina più avvertita, ha osservato che in tale occasione, le critiche in prima battuta si appuntarono sul problema della natura dello IOR e sull'attività di tale istituto ritenuta incompatibile con la natura di ente centrale della Chiesa; in seguito, tali voci si accodarono alla più rigida posizione che negava in radice l'immunità dalla giurisdizione penale. Cfr., SETTIMIO CARMIGNANI CARIDI, *Radio Vaticana e ordinamento italiano*, in *Radio Vaticana ed ordinamento italiano*, a cura di GIUSEPPE DALLA TORRE e CESARE MIRABELLI, Giappichelli Torino, 2005, p. 6.

⁴ In argomento si vedano i seguenti autori: FRANCESCO FINOCCHIARO, *Lo I.O.R. nel diritto italiano*, in *Giur.it.*, 1986, IV, p. 19 ss; MARIA GRAZIA COPPETTA, *L'art. 11 del Trattato Lateranense di fronte alla Suprema Corte: una interpretazione opinabile*, in *Cass. Pen.*, 1987, p. 1928 ss; SERGIO LARICCIA, *Gli enti centrali della Chiesa nell'ordinamento italiano: quali garanzie e quali limiti*, in *Queste istituzioni*, 1982, 2 sez., p. 8 ss.

⁵ In tal senso, TOMMASO MAURO nel suo intervento alla Tavola Rotonda promossa nel 1987 da *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica* "Il caso IOR a Palazzo della Consulta. Problemi di legittimità costituzionale dell'art. 11 del Trattato Lateranense", in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1987, p. 137 ss.; PIETRO GISMONDI, *La posizione dell'Istituto opere di religione in base alle norme di diritto ecclesiastico*, in *Corriere della Sera*, 13 ottobre 1982.

⁶ Così CARLO CARDIA, *Manuale di diritto ecclesiastico*, II ed., Bologna 2001, p. 283.

Le citate questioni sono poi tornate di grande attualità a seguito della vicenda delle emissioni elettromagnetiche della stazione radio di Santa Maria di Galeria, come risulta dalle pronunce che si sono susseguite dal 2002 sino ad oggi; gli interventi dei giudici, infatti, hanno impostato la soluzione del caso concreto sotto il profilo della interpretazione dell'art. 11 Tratt.

E così, instaurato il giudizio contro gli amministratori e dirigenti della stazione radiofonica cattolica, la sentenza dei giudici del Tribunale di Roma del 2002, pronunciandosi per il difetto di giurisdizione in ordine alla vicenda, si era allineata al precedente della Cassazione del 1987 sul caso IOR.

Tuttavia la Suprema Corte con la sentenza n. 22516/03 – cassata con rinvio la pronuncia del giudice di primo grado – ha mutato radicalmente orientamento, affermando il principio secondo cui l'obbligo di non ingerenza nelle attività degli "enti centrali" della Chiesa, *"non equivale alla creazione di una "immunità", ma si riferisce essenzialmente all'attività patrimoniale degli enti anzidetti, rimanendo pertanto escluso che esso comporti la rinunzia dello Stato ad imporre l'osservanza di norma penali e ad agire, quindi, per la repressione di fatti illeciti produttivi di eventi di rilievo penale che si verificano in territorio italiano"*.

Inoltre, con una peculiare lettura del diritto canonico, la Corte ha ritenuto che - ai fini dell'annoverabilità di un ente o istituto ecclesiastico tra quelli che sono esenti da ogni ingerenza da parte dello Stato – *"non è sufficiente che esso sia dotato di personalità giuridica, ma occorre anche che rientri fra gli organismi che come le congregazioni, i Tribunali, e gli uffici, costituiscono la Santa Sede in senso lato, facendo parte della Curia Romana e provvedendo al governo supremo, universale della Chiesa cattolica nello svolgimento della sua missione spirituale nel mondo"*.⁷

Anche in questa occasione, dinanzi a pronunce così discordanti (quella di primo grado e la sentenza di cassazione), la dottrina ha espresso consensi e dissensi, giacché, in ogni caso, perdurano i problemi derivanti dall'interpretazione dell'art. 11 del Trattato quanto all'individuazione della categoria degli "enti centrali della Chiesa".⁸

Alla luce del mutato orientamento della Corte, dunque, il giudizio è stato rinviato in primo grado *"affinché il tribunale di Roma provveda a quanto di competenza nel rispetto dei principi di diritto sopra enunciati"* e, in data 9 maggio 2005, veniva resa la sentenza di condanna dei dirigenti di Radio Vaticana per la contravvenzione prevista dall'art. 674 c.p..

⁷ Superfluo è evidenziare che tali pronunce hanno riaperto il dibattito in dottrina tra i diversi studiosi intervenuti nuovamente sui delicati rapporti tra Stato e Chiesa sotto il profilo della immunità della giurisdizione che il primo è tenuto ad osservare nei confronti della Santa Sede e dei suoi enti.

⁸ Autorevolmente è stato osservato che *"L'art. 11 del Trattato del Laterano, di cui è stata respinta, per motivi procedurali, la verifica di legittimità costituzionale (C. cost., 8 giugno 1988, n. 609) può ricevere specificazioni da accordi tra le parti, così come si è fatto con le puntualizzazioni circa la valenza degli artt. 1 e 23 del Trattato rese nel Protocollo addizionale al Concordato del 1984. La più recente disciplina e la prassi dei rapporti tra Stato e Chiesa hanno valorizzato i momenti di intesa e formalizzato più canali di raccordo; di certo, una richiesta italiana troverebbe la dovuta attenzione. Al di là dell'intervenuta esperienza, peraltro, una dizione così generica può portare ad equivoci e suscitare perplessità, perché di fatto induce a paventare «moltiplicazioni» dei soggetti beneficiari dell'esenzione, che sarebbero, da una delle parti, liberamente assunte per proprie esigenze di governo e, dall'altra, passivamente subite"*. Così, FLAVIA PETRONCELLI HUBLER, *Curia romana, congregazioni e dicasteri ecclesiastici*, in *Enciclopedia Giur.*, Istituto Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani SpA, Roma, 2005.

3. Il reato di “getto pericoloso di cose” nel sistema italiano

Prima di addentrarci nella disamina del ragionamento seguito dai giudici della I Sezione Penale della Corte d'Appello di Roma, che hanno riformato la condanna sopra indicata, sembra opportuno premettere qualche cenno di carattere generale circa la configurazione, nel nostro sistema penale, della fattispecie prevista dall'art. 674 c.p., che recita “*chi getta o versa in un luogo di pubblico transito, o in un luogo privato, ma di comune o di altrui uso, cose atte ad offendere o imbrattare o molestare persone, ovvero, nei casi non consentiti dalla legge, provoca emissioni di gas, di vapori o di fumo, atti a cagionare tali effetti*”.

Si tratta di un reato unico a fattispecie alternativamente previste, come del resto è reso evidente dall'identità dell'effetto che in entrambe le ipotesi la condotta penalmente illecita potrebbe produrre a danno di terzi.

La contravvenzione ha ad oggetto la polizia di sicurezza, in quanto concerne l'interesse a prevenire pericoli più o meno gravi alle persone, causati dal getto o versamento di cose dirette a causare offesa o arrecare molestia da emissione di gas, vapori o fumo⁹. Nel previgente codice Zanardelli (art. 475), tuttavia, l'ipotesi contenuta nella prima parte dell'art. 674 c.p. esauriva la previsione normativa; è dovuta al codice vigente l'estensione della punibilità alla condotta consistente nell'emissione di gas, vapori o fumo.

La dottrina ha notato che, solo con riferimento all'ipotesi prevista nella prima parte dell'art. 674 c.p. assumono rilevanza le caratteristiche del luogo in cui il fatto avviene, giacché la norma richiede che si tratti di un “luogo di pubblico transito” o di “luogo privato, ma di comune o altrui uso”.

Nella figura prevista nella seconda parte della norma, invece, il disvalore del fatto è subordinato alla circostanza che la condotta avvenga “nei casi non consentiti dalla legge”, vale a dire alla stregua del principio generale fissato dall'art. 844 cc, quando l'emissione di gas, vapori o fumo superi la “normale tollerabilità”, tenuto conto anche delle caratteristiche dei luoghi¹⁰.

Del resto, quanto all'elencazione prevista dal secondo comma della norma in questione, questa non sembra prevedere una elencazione esaustiva laddove si riferisce genericamente a “...fumo, gas, vapori”; auspicabile sarebbe, pertanto, un intervento finalizzato a meglio specificare la norma.

Quanto alla sussistenza dell'elemento soggettivo, è sufficiente che nella condotta cosciente e volontaria del soggetto agente siano ravvisabili gli estremi della colpa¹¹.

La norma, grazie alla sua duttilità, si è prestata di frequente ad essere utilizzata per offrire adeguata tutela penale nei confronti di fenomeni di crescente rilevanza sociale che, purtroppo, “*non formano oggetto di considerazione adeguata e tempestiva da parte del legislatore*”¹²; orbene, tale operazione, ad avviso della dottrina, *piegando il diritto al fatto*, ha sacrificato in modo evidente la certezza del diritto, in nome delle

⁹ Così, Cass. n. 9458/1986.

¹⁰ Cfr., ANTONELLA LAI, *Incolunità pubblica (reati contro)*, in *Enc.giur.* Treccani, p. 18 ss..

¹¹ Si veda anche la giurisprudenza concernente l'elemento soggettivo: Cass.n. 1476/1986; Cass.n. 4880/1996; Cass., n. 9503/2005.

¹² Si esprime in questo senso GIUSEPPE DE FALCO, *Una nuova stagione per l'art. 674 c.p.: strumento di tutela contro l'inquinamento elettromagnetico*, in *Cass. Pen.*, 2001, p. 148 ss.

esigenze della vita sociale; nel caso dell'inquinamento elettromagnetico, in particolare si è invocato il principio costituzionale della tutela della salute ex art. 32 Cost., "*fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività*"¹³.

Al riguardo, non manca chi ritiene che – nonostante la tendenza ad applicare norme esistenti anche a situazioni diverse da quelle in origine previste dal legislatore possa essere considerato un fenomeno tipico dei moderni ordinamenti giuridici – l'applicazione dell'art. 674 c.p. al caso di emissioni elettromagnetiche rappresenterebbe uno dei tanti esempi della *crisi della tassatività*¹⁴, più volte evidenziata dalla dottrina penalistica.

In tal senso, proprio con riferimento al tema dell'inquinamento, vale la pena di sottolineare che "*la mancanza di una legislazione organica in tema di inquinamento... e la tendenza della magistratura ad avvalersi delle disposizioni penali vigenti che, sparse nel codice... hanno avuto, in genere, una ratio tutt'affatto diversa, hanno creato in questo campo una vera e propria confusione, che sembra sottrarre la disciplina delle responsabilità penali ad ogni criterio sistematico*"¹⁵.

Nel contempo, si può constatare che l'utilizzazione dell'art. 674 c.p. per punire fatti di inquinamento ambientale non costituisce un *novum* della giurisprudenza¹⁶, tant'è che la norma citata ha assunto un ruolo di supplenza nella tutela dell'ambiente, cui si è richiamati anche laddove fossero entrate in vigore normative specifiche in tema di inquinamento. Ma, occorre, sin da ora, precisare che ciò è avvenuto più spesso in relazione ad ipotesi di inquinamento atmosferico, per il quale può parlarsi un orientamento consolidato ed abituale dei giudici, mentre la tendenza ad applicare la norma in questione ai casi di inquinamento da onde elettromagnetiche ha origini recenti¹⁷ e tutt'altro che indiscusse.

¹³ In tal senso, cfr. VINCENZO SCORDAMAGLIA, *Costituisce il reato di getto pericoloso di cose, oppure un illecito amministrativo l'elettrosmog generato da impianti di radiodiffusione al di là dei limiti consentiti ?* in *Radio Vaticana ed ordinamento italiano*, a cura di GIUSEPPE DALLA TORRE e CESARE MIRABELLI, Giappichelli Torino, 2005, p. 81 ss. In particolare l'A. sottolinea che l'*Inversionsmethode* (l'inversione di metodo) – dal diritto al fatto – ha costituito in passato il *modus procedendi* della *Begriffsjurisprudenz* per consentire al giudice l'arbitrio: attraverso la mediazione del *concetto*, per la riconduzione del fatto al diritto.

¹⁴ In tal senso, ROBERTO ZANNOTTI, *L'art. 674 c.p. e l'inquinamento elettromagnetico: interpretazione adeguatrice o violazione di norme fondamentali?* in *Radio Vaticana ed ordinamento italiano*, a cura di GIUSEPPE DALLA TORRE e CESARE MIRABELLI, Giappichelli Torino, 2005, p. 92 ss. Quanto alla *crisi della tassatività*, l'A. richiama per tutti, SERGIO MOCCIA, *La "promessa non mantenuta". Ruolo e prospettive del principio di determinatezza e tassatività nel sistema penale italiano*, ESI, Napoli 2001, p. 20; ENZO MUSCO, *L'illusione penalistica*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 71.

¹⁵ Così, autorevolmente, PIETRO NUVOLONE, *Responsabilità penali per inquinamento idrico e leggi regionali*, in *Il diritto penale degli anni settanta. Studi*. Padova 1982, p. 341 ss.

¹⁶ In tal senso, cfr. Trib. Roma, ord. 8 marzo 2000, V, in *Foro it.*, 2001, 28 ss.; tuttavia in senso contrario, Pret. Venezia, Ufficio GIP, ord. 16 marzo 1999, Pareschi; nonché Trib. Venezia, sez. I Pen., ord. 16 aprile 1999, Pareschi, entrambe in *Riv. Pen.*, 1999, p. 575 ss. Nell'ambito di una generica disciplina penale dell'inquinamento dell'ambiente, anche la dottrina ha riconosciuto il ruolo di *Schuldenbezahlenbegrif* ("tappabuchi") assegnato alla fattispecie dell'art. 674 c.p. e non ha mancato di rilevarne le più consistenti insufficienze. Si veda PASQUALE GIANPIETRO, *Versamento di cose*, in *Enc. Dir.*, XLVI, Milano, 1993, p. 631.

¹⁷ Per tutti, Cass. n. 5626/1999.

È interessante pertanto segnalare alcuni interventi della Suprema Corte in tema di “getto pericoloso di cose” in relazione all’inquinamento elettromagnetico che contribuiscono, in un certo senso, a chiarire l’applicazione della norma dell’art. 674 c.p..

Al riguardo, se in un primo momento, la giurisprudenza ha statuito che la propagazione di onde elettromagnetiche da impianti di radiodiffusione non può integrare la fattispecie di cui all’art. 674 c.p. (getto pericoloso di cose); successivamente, la Cassazione ha affermato il principio che, ai fini della configurabilità del reato di cui all’art. 674 c.p. è necessaria la prova della effettiva nocività, per la salute delle persone, delle onde elettromagnetiche e che *“l’astratta possibilità di inquadramento della condotta di chi genera campi elettromagnetici nella fattispecie penale di cui all’art. 674 C.P. è, alla stregua della vigente legislazione, da escludere, in quanto la suddetta norma descrive due ipotesi di comportamento materiale che differiscono in maniera sostanziale da quello consistente nella emissione di onde elettromagnetiche: l’azione del “gettare in luogo di pubblico transito... cose atte ad offendere, o imbrattare o molestare persone” è ontologicamente, oltre che strutturalmente, diversa dal generare campi elettromagnetici”*.¹⁸

La Corte, inoltre, ha specificato che l’emissione di onde elettromagnetiche, oltre i limiti stabiliti dalla legge in materia, può configurare gli estremi del reato di cui all’art. 674 c.p. quando risulti accertata la potenziale nocività dell’emissione per la salute umana¹⁹, argomentando che *“... (omissis)... la giurisprudenza di questa Corte, infatti, da un canto, ed in sede di applicazione della previsione contravvenzionale, ha operato una generale quanto sostanziale “smaterializzazione” delle parole “cosa” e “getto” (cfr. Cass. Pen. sentenze n. 739/98, n. 6141/98 e n. 12497/99).*

D’altro canto essa, in sede civile, ha ripetutamente configurato l’emissione di onde elettromagnetiche nella ripetizione di segnali televisivi come specifici oggetti della relazione materiale qualificata come possesso, relazione tutelabile in via interdittale nell’ipotesi di indebita interferenza (cfr. Cass. n. 4355/89, n. 4243/91, n. 9511/91, S.U. n. 549/94 e n. 7553/00).

Ancora, il giudice di legittimità ha osservato che, nell’ipotesi di emissione di onde elettromagnetiche generate da ripetitori radiotelevisivi, la configurabilità del reato di cui all’art. 674 cod. pen. è subordinata al superamento dei valori indicativi dell’intensità di campo fissati dalla normativa specifica vigente in materia *“a nulla rilevando la concreta idoneità delle emissioni stesse a nuocere alla salute umana, né potendo ipotizzarsi, in virtù del principio di specialità previsto dall’art. 9 della l.n. 689/1981, la prevalenza della disposizione dettata dalla l.n. 36/2001 – che contempla una sanzione amministrativa per il superamento dei limiti di inquinamento elettromagnetico – stanti i diversi beni tutelati da quest’ultima norma e da quella del codice penale”*.²⁰

In altra occasione, quanto al rapporto tra la norma penale e quella amministrativa, si è ulteriormente specificato che l’art. 674 c.p., tutela la salvaguardia della pubblica incolumità, mentre la norma contenuta nella legge speciale tutelerebbe *“l’interesse dello Stato all’osservanza degli specifici parametri dettati per la materia dell’inquinamento elettromagnetico”*.²¹

¹⁸ In Cass. n. 8102/2002.

¹⁹ Cass. n. 15717/2002.

²⁰ Così si legge in Cass., n. 23066/2002.

²¹ In argomento cfr., Cass. n. 10475/2002, *“non sussiste rapporto di specialità, ai sensi dell’art. 15*

Orbene, anche in relazione a tale conclusione, dettata nell'ambito della direttrice di politica criminale volta a tutelare al massimo il bene ambiente, alcuni autori hanno parlato di "forzatura del diritto vivente" da parte della giurisprudenza fondata su presupposti erronei²².

Infatti, il ragionamento dei giudici, che hanno escluso il principio di specialità in nome della diversità dei beni giuridici tutelati dalle norme, non si sarebbe avveduto del fatto che "il principio di specialità possiede natura logico formale e che, di conseguenza, esulano dai ragionamenti per stabilire il ricorrere o meno del concorso apparente di norme operazioni di tipo valutativo, quali quelle relative all'interesse protetto"²³.

Ne consegue, che può invocarsi il principio di specialità ogni qual volta due o più norme disciplinano la stessa materia, vale a dire qualora tra le norme ci sia un rapporto di convergenza: norma speciale sarà, dunque, quella che presenta un elemento di tipo specializzante (per specificazione o per aggiunta), che non figura nella norma di carattere generale.

Alla luce di detta operatività del criterio di specialità, si può concludere che nel caso delle onde elettromagnetiche, è norma speciale soltanto quella prevista dalla legge quadro del 2001, in quanto è soltanto l'illecito amministrativo ivi previsto che punisce l'emissione di onde elettromagnetiche in misura superiore ai limiti previsti dalla normativa di riferimento; il superamento di tale limite rappresenta l'elemento specializzante che non sussiste nell'art. 674 c.p.c., che per ammissione della stessa giurisprudenza si applica "a prescindere dal superamento dei ...limiti"²⁴.

4. Il ragionamento della II Sezione penale della Corte d'Appello di Roma

Le osservazioni sinora svolte in ordine alla contravvenzione di cui all'art. 674 c.p., contribuiscono a chiarire il ragionamento seguito dalla Corte d'Appello di Roma, che ha assolto i responsabili di Radio Vaticana dall'accusa di "getto pericoloso di cose".

Dalla lettura della sentenza emerge subito che l'interesse dei giudici si è principalmente occupato della qualificazione giuridica del fatto contestato, pervenendo alla conclusione di riformare la pronuncia di primo grado perché "il fatto contestato non è previsto dalla legge italiana come reato".

In buona sostanza, messa da parte la questione dell'interpretazione dell'art. 11 del Trattato del Laterano e la discussione circa la natura di "ente centrale" riconosciuta alla Radio Vaticana, la decisione ritiene di non poter assumere i fatti che sono alla base della vicenda nella fattispecie criminosa di cui all'art. 674 c.p., giacché ci si troverebbe di fronte ad un' inaccettabile estensione del dettato letterale della norma

cod. pen, tra la norma dell'art. 15 della legge n. 36/2001 e quella prevista dall'art. 674 c.p., trattandosi di norma dirette alla tutela di beni giuridici diversi e fondate su diversi presupposti, in quanto nel primo caso la condotta è sanzionata – con la sanzione amministrativa – solo se l'emissione di onde elettromagnetiche superi i limiti previsti dalla legge, mentre nel secondo caso la condotta costitutiva dell'illecito penale sussiste prescindere dai suddetti limiti, per il solo fatto di aver cagionato molestia o offese alle persone "

²² Così ROBERTO ZANNOTTI, *op.cit.*, p. 97.

²³ *Id. ibidem*.

²⁴ Tale è la conclusione cui giunge autorevolmente ROBERTO ZANNOTTI, *op.cit.*, p. 97.

a fattispecie diverse, contrastante col principio di legalità.

Di conseguenza, la Corte d'Appello ha accolto un'interpretazione restrittiva della norma *de qua*, cd. di stretta legalità, sul presupposto che "il gettare delle cose presuppone la preesistenza di dette cose in natura, mentre l'emissione di onde elettromagnetiche consiste nel generare flussi di onde che prima dell'azione generatrice non esistevano", e, richiamando il ragionamento seguito dalla Cassazione nella sentenza Suraci, n. 353/2002, ha ritenuto che "l'assimilabilità delle onde elettromagnetiche al concetto di cosa non può essere automatica, ma richiede necessariamente un'esplicita previsione normativa, come è avvenuto con la disposizione dell'art. 624 c.p. in caso di furto". Inoltre, prosegue la sentenza, nemmeno la seconda ipotesi di comportamento materiale previsto dall'art. 674 c.p., e cioè l'emissione di gas, vapori o fumi, potrebbe essere in alcun modo equiparata al fenomeno delle onde magnetiche.

Del resto, la stessa dottrina penalistica, in più occasioni, non ha mancato di rilevare che se, l'impostazione giurisprudenziale della questione fino ad oggi si è incentrata quasi esclusivamente sull'interpretazione dell'art. 11 Tratt. e sui rapporti tra Stato e Chiesa, il reato ex art. 674 c.p. (getto pericoloso di cose), di cui sono stati accusati in primo grado dirigenti ed amministratori dell'emittente vaticana, solleva ulteriori importanti questioni riguardo al rispetto di diversi principi fondamentali ai quali il diritto penale deve uniformarsi;²⁵ vale a dire, i principi derivanti dalle norme degli artt. 25 Costituzione, 1 codice penale e 12 delle preleggi.

Ad essere ulteriormente chiari, cioè, l'applicazione del reato ex art. 674 del codice penale ai rappresentanti di Radio Vaticana, andrebbe a violare il principio di tassatività e determinatezza, che costituisce "una tappa fondamentale nell'evoluzione in senso garantistico del principio di stretta legalità" e che in alcuni ordinamenti ha un ruolo maggiore rispetto alla stessa riserva di legge²⁶. Tale principio,²⁷ insieme a quello di determinatezza, trova il suo fondamento nell'art. 1 del codice penale, secondo cui "Nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge"; e, nonostante nel testo costituzionale dell'art. 25, co.2, manchi qualsiasi riferimento a tale principio, unanimemente si ritiene che il principio di tassatività è implicitamente costituzionalizzato.²⁸ Infatti, sarebbe impensabile che il costituente, estremamente sensibile nei riguardi delle garanzie delle libertà fondamentali – e il

²⁵ Il rilievo è di ROBERTO ZANNOTTI, *op. cit.* p. 87 ss. L'autore osserva che i problemi che emergono dalla valutazione della contestazione della contravvenzione ex art. 674 c.p., con riferimento al fatto contestato, coinvolgono il rispetto del principio di tassatività/determinatezza nonché l'osservanza del principio di specialità.

L'autore osserva che i problemi che emergono dalla valutazione della contestazione della contravvenzione ex art. 674 c.p., con riferimento al fatto contestato, coinvolgono il rispetto del principio di tassatività/determinatezza nonché l'osservanza del principio di specialità.

²⁶ L'opinione è di ROBERTO ZANNOTTI, *op. cit.* p. 89 ss., qui, p. 89.

²⁷ Il principio di tassatività si articola in una pluralità di contenuti: la legge penale deve essere facilmente comprensibile dai cittadini (conoscibilità della norma da parte dei destinatari) e pertanto il fatto punibile deve essere descritto con sufficiente precisione (principio di determinatezza rivolto al legislatore); la chiarezza e la facile intelligibilità del dettato normativo delimitano rigidamente l'attività ermeneutica del giudice circoscrivendo la norma entro i confini descritti dal legislatore (principio di tassatività rivolto al giudice).

²⁸ Si veda, per tutti, FERRANDO MANTOVANI, *Diritto penale*, IV ed, Cedam, Padova, p. 66 e gli altri autori ivi citati.

principio di tassatività tutela una precisa garanzia di libertà – abbia voluto sancire il principio di legalità in maniera meno piena rispetto al codice del 1930.

Alla luce di tali considerazioni, la pronuncia in commento, in riforma della sentenza del Tribunale di Roma, perviene all'affermazione che una interpretazione estensiva della norma incriminatrice è vietata dal principio di stretta legalità, delineato nel nostro ordinamento dall'art. 25 Cost., dall'art 1 c.p. e dall'art. 12 delle preleggi; quindi, risolve il caso sottoposto al suo esame sulla scorta dell'analisi semantica della disposizione dell'art. 674 c.p. condotta alla luce delle preleggi.

In particolare, osserva la Corte d'Appello che, sotto il profilo oggettivo, gli elementi costitutivi della fattispecie sono individuati dal gettare o versare, nei luoghi specificamente indicati nella norma, rispettivamente “cose” solide o liquide, oppure nel provocare emissioni di gas, di vapori o di fumo, dirette ad molestare persone.

Considerando poi che l'art. 674 c.p. configura una norma penale “mista”, giacché prevede congiuntamente molteplici tipologie fattuali, rileva che nel caso di getto o versamento di cose l'alternativa è meramente modale, mentre vi è incompatibilità logica tra l'ipotesi di gettare o versare e provocare nei casi non consentiti emissioni di gas, vapori e fumi.

Inoltre, dall'esame comparativo delle due ipotesi di “getto pericoloso” emerge, innanzitutto, che le espressioni usate per descrivere la prima condotta (gettare o versare) evocano, da un punto di vista linguistico, le cose dotate di materialità, ovvero sostanze solide, anche polveri, o liquide; nella seconda ipotesi (provocare emissioni), invece, ci si trova innanzi ad una tassativa specificazione della natura delle sostanze che devono essere espressamente gas, vapori o fumi.

È proprio la tassatività di detta ipotesi che preclude la possibilità di ricomprendere l'emissione di onde elettromagnetiche nella seconda ipotesi considerata dall'art. 674 c.p., che pur sarebbe la sua logica ed adeguata collocazione.

Ed è evidente che non essendo ciò possibile, si è da sempre cercato di ricondurre tale fenomeno nella prima parte dell'art. 674 c.p., avvalendosi – ad avviso della Corte d'Appello – della genericità nella lingua italiana del termine “cosa” utilizzato nella norma.

Orbene, questa operazione sarebbe frutto di un'applicazione non corretta dell'art. 12 delle preleggi.

Com'è noto, infatti, a tenore di detto articolo, nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire un senso diverso da quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse.

A tacer d'altro, cioè, tra i molteplici significati che possono essere attribuiti alle parole usate dal legislatore, deve essere scelto quello che meglio si accorda col significato delle altre parole che precedono e seguono quelle da interpretare.

Da ciò, la conclusione che l'orientamento giurisprudenziale favorevole alla configurabilità della contravvenzione in esame nel caso di emissione di onde elettromagnetiche – in maniera non corretta – si sia limitato all'interpretazione singola delle parole utilizzate nel testo normativo, e non secondo la loro connessione.

Quindi, nonostante il crescente e giustificato allarme sociale per i risvolti che hanno le emissioni di onde elettromagnetiche sulla salute dei cittadini, non si può legittimare un'interpretazione asseritamente evolutiva, ma in evidente contrasto con i principi giuridici.

La sentenza in esame, pertanto, conclude che ci si trovi di fronte ad una lacuna legislativa, che non può essere colmata con una interpretazione analogica, o meglio, con una applicazione analogica che riconduce l'inquinamento elettromagnetico nel

paradigma dell'art. 674 c.p.; infatti, anche dilatando al massimo l'estensione del concetto di cosa, ricomprendendovi anche le onde elettromagnetiche, resta il fatto che queste non sono elementi di immediata percezione e suscettibili di essere gettati o versati in un luogo di pubblico transito o in un luogo privato. Quindi, diventa impossibile estendere agli stessi la portata incriminatrice dell'art. 674 c.p., senza violare il principio costituzionale di legalità ex art. 25 co.2 Cost. ed art., 1 c.p..

Al riguardo, la dottrina più avvertita, ha ritenuto che, assimilando la nozione di onda elettromagnetica al concetto di cosa, si perverrebbe ad una *manipolazione strumentale* della norma penale giacché improponibile è l'assimilazione delle onde elettromagnetiche all'energia elettrica, anche tenendo presente, come del resto ribadito nel caso concreto, che la condotta di gettare o versare presuppone delle cose preesistenti, mentre le onde elettromagnetiche vengono generate dal ripetitore e prima di tale momento sono inesistenti in natura.

Del resto, l'analisi del dettato normativo rivela una struttura dell'art. 674 c.p. estremamente dettagliata e precisa, nel senso che il legislatore ha utilizzato nella prima parte del testo le espressioni verbali di "gettare" o "versare" con riferimento a sostanze dotate di materialità, mentre nella seconda parte ha fatto ricorso all'espressione "provocare emissioni" riferendosi alle sostanze immateriali (gas, vapori o fumo).

Da ciò, la convinzione che, presupponendo che le onde elettromagnetiche si emettono, al più si sarebbero potute collocare le stesse nella seconda parte della norma, con una assimilazione delle onde elettromagnetiche ai gas, vapori o fumo.

Invece, forzando il dato normativo, il Tribunale di primo grado ha formulato l'imputazione, identificando le onde con le cose, trascurando completamente che l'emissione può riferirsi soltanto a gas, vapori o fumo²⁹.

Tali conclusioni, non vogliono inibire la creatività del giudice nella applicazione del diritto,³⁰ giacché è pacifico che la giurisprudenza contribuisce, inevitabilmente, con la sua attività interpretativa, alla formazione stessa del diritto; tuttavia, ci si pone il problema di individuare un limite oltre il quale l'attività dell'interprete deve arrestarsi soprattutto dinanzi a norme estremamente dettagliate e precise come nel caso dell'art. 674 c.p.. E si può concludere, che certamente il limite viene superato tutte le volte in cui l'operatore del diritto si spinge nella sua attività fino ad alterare la fisionomia della fattispecie, come sembra sia avvenuto in concreto nella sentenza del Tribunale di prime cure.

5. Conclusioni

La vicenda delle onde elettromagnetiche dalla stazione radio di Santa Maria di Galeria è stata affrontata nel corso degli anni da vari punti di vista, sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza.

In primo luogo, sono stati messi in luce le delicate ed intricate questioni attinenti la giurisdizione dello Stato e della Chiesa, nonché i rapporti tra i due ordinamenti

²⁹ In tal senso GREGORIO EQUIZI, *Aspetti penalistici dell'inquinamento elettromagnetico* in *Cass. Pen.*, 2001 p. 2090.

³⁰ GIOVANNI FIANDACA, *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-costituzionale*, in *Foro it.*, 2000, V, p. 13 ss.

partendo dall'interpretazione dell'art. 11 del Trattato lateranense.

Al riguardo, in accordo con autorevole dottrina, può osservarsi che, sebbene tale norma rimanga lacunosa nel suo significato, è indiscutibile che, nel caso di Radio Vaticana, *“la garanzia della extraterritorialità e la garanzia della non ingerenza da parte dello Stato italiano concorrono ad assicurare una immunità funzionale a una istituzione che partecipa all'attività istituzionale della Santa Sede, come chiaramente enunciato dallo statuto dell'ente, in cui è precisato che esso ha lo scopo di «annunciare con libertà, fedeltà ed efficacia il messaggio cristiano e collegare il centro della cattolicità con i diversi paesi del mondo, diffondendo la voce e gli insegnamenti del Romano Pontefice»”*.³¹

Pertanto, se si arrivasse a negare alla Radio in questione la natura di strumento indispensabile per la diffusione del messaggio evangelico nel mondo si contrasterebbe con le intenzioni stesse del Trattato Lateranense espresse all'art. 2 che recita *“l'Italia riconosce la sovranità della Santa Sede nel campo internazionale come attributo inerente alla sua natura, in conformità alla sua tradizione e alle esigenze della sua missione nel mondo”*.

Per quanto concerne la sentenza resa dalla I Sezione penale della Corte d'Appello di Roma, è singolare come essa abbia aggirato sia le problematiche relative ai rapporti tra giurisdizione dello Stato e della Chiesa, sia la discussione in ordine alla natura di “ente centrale della Chiesa” o meno della Radio Vaticana, concentrandosi sulla qualificazione della fattispecie criminosa imputata, in primo grado, ai suoi dirigenti ed amministratori.

Sta di fatto che, indipendentemente dalle questioni sinora portate innanzi alle aule giudiziarie, la problematica della nocività delle onde elettromagnetiche persiste e continua ad allarmare l'opinione pubblica che pretende adeguate soluzioni, cui sembra potersi addivenire considerando il quadro normativo entro cui si muove la Radio Vaticana.

Ebbene, l'attività istituzionale di quest'ultima si colloca in un complesso reticolo di norme bilaterali e, anche in forza del richiamo da queste ultime espresso, di norme internazionali.

In esecuzione dell'art. 6 del Trattato del Laterano – il quale fissa per Stato Vaticano e Italia gli obblighi di osservare le norme internazionali in materia di radiotrasmissioni e quello di evitare reciproche interferenze e disturbi dei rispettivi impianti – è stata stipulata la *Convenzione per l'esecuzione dei servizi telegrafici e telefonici*, resa esecutiva con il Regio Decreto 9 giugno 1929 n.1182.

L'8 ottobre 1951, poi, avvertita la necessità di potenziare la propria capacità di trasmissione, è intervenuto l'Accordo tra Stato e Chiesa con il quale sono state individuate in territorio italiano idonee aree disabitate (tra cui l'area oggi in discussione intorno a Santa Maria di Galeria) dove installare impianti riceventi e trasmettenti, con la fissazione di ulteriori limiti di esercizio e garanzie di extraterritorialità.

In tal senso, dunque, sembra potersi condividere l'opinione della dottrina che ha suggerito di affrontare il fenomeno considerando *i soggetti implicati e la natura*

³¹ Così, GIUSEPPE DALLA TORRE, *Radio Vaticana e il diritto ecclesiastico*, in *Radio Vaticana e ordinamento italiano* cit., p. 87 ss, qui p.101. La diffusione delle onde elettromagnetiche attraverso le quali Radio Vaticana veicola in tutto il mondo la voce della Chiesa, è direttamente connessa con la finalità istituzionale dell'Ente, che si serve per quel fine della tecnologia pesate sul mercato. Sta di fatto che anche una limitazione della potenza degli impianti di trasmissione limiterebbe la libertà della Radio.

della relazione;³² pertanto, se il livello che ha dato origine al rapporto si colloca nel diritto internazionale, si è indotti a credere che tale livello debba essere mantenuto per tutto ciò che avviene nel corso del rapporto.

L'emittente cattolica ha adottato, difatti, dal 1992, sempre nel rispetto dell'obbligo ribadito nella Convenzione del 1929, gli *standars* di precauzione indicati dalla Commissione internazionale competente in materia (ICNIRP), le cui indicazioni sono state fatte proprie dall'Unione Europea dal 1999, con il solo voto contrario dell'Italia che, con il Decreto 10 settembre 1998, n. 381 si è data una impostazione più restrittiva, con vincoli più rigidi, trasferiti nel testo della legge quadro n.36/2001, che ha previsto pesanti sanzioni amministrative per il superamento dei limiti di emissione.

Le evidenti discrasie conseguenti ai diversi limiti in materia di emissioni elettromagnetiche adottate da Stato e Chiesa hanno in seguito generato i problemi che hanno portato la vicenda della Radio Vaticana dinanzi alle aule di tribunale.

Alla luce di tali osservazioni, tuttavia, sembrerebbe preferibile che le questioni venissero esaminate e risolte nell'ambito delle relazioni internazionali tra Italia e Santa Sede attraverso la via dell'accordo: strada, del resto, già intrapresa attraverso i lavori della Commissione Paritetica istituita dal 2001, con il precipuo compito della effettuazione delle misurazioni periodiche dei campi di emissioni elettromagnetiche.

³² Al riguardo, PAOLO FERRARI DA PASSANO S.I., *Extraterritorialità e Radio Vaticana*, in *La Civiltà Cattolica*, anno 152, 2001, vol. III, quad. 3625-3630, p. 480 ss.; ma anche SETTIMIO CARMIGNANI CARIDI, *Significato e portata dell'art. 11 del Trattato lateranense*, in *Radio Vaticana ed ordinamento italiano*, a cura di GIUSEPPE DALLA TORRE e CESARE MIRABELLI, *cit.*, p. 15.

Tribunale di Mondovì, 22 maggio 2007, n. 100

Diffamazione a mezzo stampa – Offese – Reputazione – Diritto di cronaca – Diritto di critica – Onore – Mezzi di comunicazione – Libertà di stampa – Scriminanti putative

Il diritto di critica giornalistica e il diritto di cronaca possono essere esercitati anche quando ne derivi una lesione all'altrui reputazione, purché vengano rispettati determinati limiti, individuati dalla giurisprudenza a) nella verità della notizia pubblicata; b) nell'utilità sociale dell'informazione in relazione all'attualità e rilevanza dei fatti narrati (c.d. pertinenza) e c) nell'esigenza che l'informazione sia mantenuta nei limiti della obiettività o serenità e in una forma espositiva corretta (c.d. continenza), in modo che siano evitate gratuite aggressioni all'altrui reputazione. Ciò rilevato, l'agente può in particolare invocare l'esimente del diritto di cronaca, sotto il profilo putativo, solo se abbia provato di avere riscontrato, con ogni possibile cura, la verità dei fatti che si accingeva a narrare, al fine di vincere ogni dubbio o incertezza intorno a essi, e ciò nonostante sia incorso nell'errore di ritenere che tali fatti fossero veri. Nessuna efficacia scriminante può invece riconoscersi all'errore in cui il soggetto incorra per non aver riscontrato la verità del fatto, stante che in questo caso il suo errore attiene a un elemento normativo, vertendo sulla liceità del comportamento e derivando da una inesatta conoscenza dei propri obblighi e dei presupposti normativi del diritto di informazione (nel caso di specie, l'imputato – autore di un volume sull'Islam in Italia – invocava quale esimente dell'utilizzo di alcune espressioni dispregiative nei confronti della persona offesa, l'esercizio putativo del diritto di cronaca, affermando che “a livello di opinione pubblica quello di S. è da anni un personaggio discusso e controverso”).

FATTO

(Omissis)

DIRITTO

Tratto a giudizio per rispondere del reato ascritto l'imputato non compariva sebbene regolarmente citato e senza addurre alcun legittimo impedimento per cui ne veniva dichiarata la contumacia. Esposti i fatti di causa, ammesse le prove richieste si procedeva all'audizione dei testi. Veniva escusso il teste Smith Adel persona offesa e parte civile costituita il quale riferiva di non conoscere l'imputato, aveva sporto querela nei suoi confronti in relazione a una pubblicazione denominata "Islam italiano" a firma dello stesso Allievi, lo Smith si era sentito diffamato in quanto nel libro l'autore tacciava lo Smith di antisemitismo, lo descriveva "quasi come un mostro"; iniziando a parlare di lui infatti lo definiva "cittadino italiano convertito all'islam", in proposito lo Smith precisava di essere effettivamente nato in Italia, e di essere presidente della comunità islamica italiana, ma aggiungeva che Allievi aveva continuato a parlare di lui nel libro definendolo "feroce anticristiano da sempre alla ricerca di

nemici cristiani e perfidi giudei”, la persona offesa dichiarava di non riconoscersi per nulla in tale definizione, in quanto aveva addirittura scritto in una pubblicazione che “cristiani ebrei e musulmani andranno tutti in paradiso”; riferiva ancora che l'imputato aveva anche fatto riferimento a un episodio di “botte in diretta a Teleserenissima” che avrebbe visto protagonista lo Smith, il quale inoltre avrebbe tenuto sempre su tale emittente “squallidi monologhi insulto”, precisava il teste che a TeleLombardia lo stesso teneva una rubrica a sfondo politico-religioso, e che nel corso di una trasmissione lo Smith era stato aggredito da una persona che gli aveva dato un ceffone durante la diretta; controinterrogato dalla difesa dell'imputato, lo Smith precisava che il movimento da lui presieduto e che annovera circa 5000 iscritti è solito organizzare manifestazioni per chiedere adesioni, e che indubbiamente la sua attività ha sempre avuto vasta eco presso l'opinione pubblica, ma affermava di essersi sentito diffamato quando Allievi lo ha definito “pallone gonfiato dai media”, confermava il teste di essere stato condannato dal Tribunale di Padova alla pena di mesi sei di reclusione per vilipendio della religione il 4.1.03 per fatti avvenuti nel corso di una trasmissione su “Serenissima TV”, precisava che secondo il suo modo di vedere nel caso di specie aveva solo espresso un'opinione in materia di religione.

(*Omissis*)

All'esito le parti venivano invitate a concludere.

PM e difesa concludevano come in epigrafe. Alla stregua delle emergenze dibattimentali, risulta provato il fatto ascritto in rubrica all'imputato: ciò si evince dalla deposizione dei testi escussi, precise e dettagliate nonché prive di lacune o incongruenze tali da far dubitare della veridicità delle circostanze in esse riferite, nonché dalla documentazione versata in atti. E invero il reato contestato sussiste nella sua materialità; vale appena ricordare in proposito che “ricorrono gli estremi dell'ingiusta offesa integrante il reato di diffamandone anche quando l'addebito sia espresso in forma tale da suscitare il semplice dubbio sulla condotta disonorevole” (Cass. VI 1979/144484) e che “non solo le espressioni non vere e non obbiettive ma anche quelle meramente insinuanti sono idonee a ledere o a mettere in pericolo la reputazione dei terzi” (Cass. V 1981/151080). Il legislatore ha collocato il delitto ascritto ad Allievi nell'ambito dei reati contro la persona e precisamente contro l'onore inteso come l'opinione che ha il soggetto e l'ambiente sociale in cui lo stesso vive, delle di lui qualità; l'onore in senso lato è costituito dal complesso delle qualità fisiche morali e intellettuali e delle altre condizioni che concorrono a determinare il pregio dell'individuo nell'ambiente in cui vive; l'onore in senso ampio come nozione comprensiva anche del decoro e della reputazione costituisce l'oggetto giuridico dei delitti di ingiuria e diffamazione.

Quanto all'elemento psicologico, ai fini della sussistenza dello stesso è sufficiente il dolo generico vale a dire la consapevolezza di offendere l'onore e la reputazione di altro soggetto” per cui “quando il carattere diffamatorio delle espressioni rivolte assuma una consistenza intrinseca, che non può sfuggire all'agente il quale le ha usate proprio per dare maggiore efficacia al suo dictum non è necessaria alcuna particolare indagine sulla presenza o meno dell'elemento psicologico” (Cass. V 1997/209262). In particolare, la diffamazione a mezzo stampa è delitto doloso e si tratta di dolo generico, non è richiesto l'“animus diffamandi” inteso come fine di ledere la reputazione di un'altra persona (dolo specifico); ad integrare il delitto è sufficiente che l'agente abbia voluto l'azione ossia la comunicazione a più persone del fatto lesivo della reputazione con la consapevolezza della sua idoneità a porre in pericolo il bene giuridico tutelato.

(*Omissis*)

Il diritto di critica giornalistica e il diritto di cronaca possono pertanto essere esercitati anche quando ne derivi una lesione all'altrui reputazione purché vengano rispettati determinati limiti individuati dalla giurisprudenza e cioè a) verità della notizia pubblicata, b) utilità sociale dell'informazione in relazione all'attualità e rilevanza dei fatti narrati (cd. pertinenza) e c) esigenza che l'informazione sia mantenuta nei limiti della obiettività o serenità e in una forma espositiva corretta (continenza) in modo che siano evitate gratuite aggressioni all'altrui reputazione.

a) La verità della notizia è stata identificata dalla giurisprudenza nella rigorosa corrispondenza tra i fatti accaduti e i fatti narrati; tale obbligo comporta l'obbligo del giornalista come quello dello storico dell'accertamento della verità della notizia e il controllo della attendibilità della fonte (Cass. V 1997/207006); il giornalista ha il dovere di essere diligente e accorto, sia nello scegliere le fonti di informazione e nel vagliarne caso per caso l'attendibilità sia nell'esperire i controlli che la perizia professionale può suggerirgli e se a tale condotta non si uniforma e la notizia è falsa egli non agisce più nell'ambito di liceità riconosciuto dall'art. 21 Cost., ma resta soggetto alla sanzione di cui all'art. 595 c.p. (Cass. 1983/160375).

b) quanto alla pertinenza l'apprezzamento di tale limite nello scritto va operato non in relazione alla singolare valenza di un termine adoperato ma all'intero contenuto espositivo della pubblicazione (Cass. V 1998/212136).

c) quanto alla continenza, il diritto all'esercizio di cronaca e critica deve ritenersi superato quando l'agente trascenda ad attacchi personali diretti a colpire su un piano individuale la figura morale del soggetto criticato dato che in tale ipotesi l'esercizio del diritto non rimane nell'ambito di una seria esposizione dei fatti e di una critica misurata ma trascende nel campo dell'aggressione alla sfera morale altrui penalmente protetta (Cass. 1983/161768); in particolare, le espressioni usate, per rientrare nell'esercizio del diritto di cui sopra, non possono venire meno all'obbligo della correttezza del linguaggio e al rispetto dell'altrui personalità; infatti, prevale l'interesse pubblico e si legittima la divulgazione di fatti anche oggettivamente diffamatori purché la divulgazione rispetti il limite della continenza, cioè avvenga in termini di adeguatezza e usi forme espressive corrette (Cass. V 1986/173847). In sostanza, ogni manifestazione del pensiero non può superare il rispetto dei valori fondamentali esponendo la persona oltre al ludibrio della sua immagine pubblica, al disprezzo (Cass. V 1998/212994).

Poste tali necessarie premesse utili all'inquadramento della fattispecie criminosa contestata, e venendo alla specificità del caso che ne occupa, l'imputato ha pesantemente offeso la reputazione, la dignità, il decoro della persona offesa, e ciò ha fatto con una serie di contumelie, critiche velenose e pesanti provocazioni, dirette non soltanto all'operato e alla religione professata dallo Smith ma anche alla persona dello stesso cui ha attribuito numerosi fatti determinati facendolo oggetto del massimo spregio e odio politico-religioso. La difesa sostiene l'assenza di un animus diffamandi in capo al prof. Allievi, ma tale tesi non può trovare accoglimento. Né l'imputato può invocare quale esimente l'esercizio putativo del diritto di cronaca, invocando che a livello di opinione pubblica quello di Smith è da anni un personaggio discusso e controverso e citando fonti: infatti va rilevato che secondo la più recente giurisprudenza "è configurabile l'operatività della causa di giustificazione di cui all'art. 51 cp anche in termini di putatività ex art. 59 ultima parte cp, qualora l'esercizio del diritto di cronaca sia stato corrispondente alla verità o oggettiva dei fatti, sia pure correlativamente alla fonte e nell'attualità del preciso riferimento storico dell'epoca della pubblicazione,

e tale verità non abbia subito immutazioni alterazioni o rifacimenti dei dati che ne rappresentano l'essenza in termini tali da rappresentarli come sostanzialmente diversi nella connotazione della loro valenza lesiva della reputazione della persona" (Cass. V 1990/184518).

E ancora, "la sussistenza solo supposta della verità obiettiva del fatto diffamante, qualora fosse di per sé rilevante non esclude il dolo del reato; in tal caso infatti lo stato soggettivo di buona fede nell'esercizio putativo del diritto di cronaca non riguarda e quindi non esclude, il dolo del reato di diffamazione, ma solo le circostanze di fatto attinenti alla esimente e alla sua applicabilità; peraltro la verità putativa costituisce solo un elemento di per sé insufficiente del diritto di cronaca sicché laddove manchi uno solo dei due residui indispensabili elementi, interesse sociale della notizia o correttezza del linguaggio, insensibili all'errore, essa verità putativa non sortisce l'effetto di escludere il reato" (Cass. V 1985/170782).

Inoltre, l'agente può invocare l'esimente in questione sotto il profilo putativo solo se abbia provato di avere riscontrato con ogni possibile cura la verità dei fatti che si accingeva a narrare al fine di vincere ogni dubbio o incertezza intorno a essi e ciò nonostante sia incorso nell'errore di ritenere che tali fatti fossero veri e si sia determinato a divulgarli sul presupposto di tale verità", mentre "nessuna efficacia discriminante può invece riconoscersi all'errore in cui il soggetto incorra per non aver riscontrato la verità del fatto stante che in questo caso il suo errore attiene a un elemento normativo, vertendo sulla liceità del comportamento e derivando da una inesatta conoscenza dei propri obblighi e dei presupposti normativi del diritto di informazione che si pretende di esercitare, errore irrilevante anche se attribuibile a mera negligenza risolvendosi in definitiva in uno stato di ignoranza della legge penale" (Cass. 1987/177155).

(Omissis)

Le frasi di cui al capo di imputazione valgono a integrare i presupposti di affermazioni a contenuto chiaramente diffamatorio in quanto esprimono un giudizio estremamente secco e liquidatorio nei confronti di un personaggio controverso quale Adel Smith definendolo con nettissime frasi che si prestano a restare impresse nella memoria dei lettori come una sentenza irrevocabile, che connota lapidariamente e in via definitiva la persona interessata e continua a esprimere nel tempo la sua potenzialità lesiva dell'onore e della reputazione umana e professionale della persona offesa.

Né il limite della verità né quello della continenza, pertanto, risultano rispettati nel caso specifico dall'imputato per le ragioni sopra ampiamente esposte. Orbene, questo Giudice ha già in altre occasioni dovuto prendere atto con amarezza dell'imbarbarimento recente dei tempi e dei costumi, a causa anche della volgarità e rozzezza di certi mass media quali il mezzo televisivo, che proponendo modelli di comportamento rappresentati spesso da individui privi di compostezza e contegno, del tutto incolti e ignari delle più elementari regole della decenza, - e ciò al solo scopo di fare audience vellicando i più bassi istinti di certo pubblico televisivo- favorisce il generale scadimento di tono del dibattito

Tuttavia, dover prendere atto di ciò non è una buona ragione per dimenticare che lasciarsi andare a velenosi giudizi verso il prossimo, anche se si tratta di un personaggio pubblico oggetto di vivaci polemiche, resta non solo una caduta di stile e di gusto del tutto contraria ai principi basilari posti a fondamento del vivere civile, ma anche, vivvaddio, un illecito penale, come previsto e sanzionato per quanto riguarda la diffamazione a mezzo stampa dagli art. 595 cp e 13 legge 47 del 1948, non ancora abrogati dal legislatore sebbene in corso di modifica per quanto riguarda la condotta

dei giornalisti. Ritiene il Giudicante che indirizzare a una persona, anche avversario politico, accuse come quelle contenute nel libro di Allievi integra gli estremi del reato contestato: si legge infatti che “Smith gira come un tarantolato a promuovere il suo partitino, anima in pena in perenne affannosa ricerca di qualche forma di visibilità mediatica... da sempre alla ricerca di nemici cristiani o perfidi giudei da sfidare... con rabbia cieca e orgoglio debordante oltre che un ego di dimensioni ragguardevoli ... libro inutile insolente e ridondante come il suo autore essendo Smith tutto preso da se stesso... Mel Smith rimane quello che è, un professionista della provocazione capace di vivere solo sull'immondizia pseudoculturale che genera e sulla polemica che si ingenera e che gli fa solo un favore dandogli quella fatua visibilità mediatica di cui ha bisogno come dell'ossigeno per esistere... le botte in diretta a tele serenissima o gli squallidi monologhi insulto a Telelombardia in cui ripete il suo triste repertorio.. Smith è un pallone gonfiato dai media.. continuerà a far danni il veleno che ha iniettato nel corpo sociale ha già inquinato il quotidiano di molti, è disinteressato al destino dei musulmani, il disprezzo per gli altri è l'altra faccia dell'apprezzamento quasi comicamente enorme che ha di sé... non solo offensivo e volgare ma privo del tutto di pietas, un responsabile religioso che ha il modesto programma di instaurare la shari'a nel nostro paese... una buffonata”. Inoltre, trattandosi nella specie di frasi indirizzate a un soggetto che si pone come una sorta di portavoce in Italia di un orientamento religioso che conta un miliardo e mezzo di fedeli nel mondo, appare opportuno che la pur legittima contrapposizione tra fedi e culture e il dibattito che ne consegue non trascendano mai a manifestazioni di odio e sistematico disprezzo essendo da auspicare piuttosto un atteggiamento improntato alla distensione dei toni, all'integrazione tra culture e alla pacifica coesistenza tra diverse fedi religiose.

Alla luce di quanto esposto, deve pertanto affermarsi la penale responsabilità del prevenuto in ordine al reato ascrittogli quale emerge inequivoca dalle risultanze dibattimentali. Considerati tutti gli elementi di cui all'art. 133 cp, pena equa stimasi, sia con riferimento all'entità dei fatti, per le modalità gravi e allarmanti con cui sono stati commessi, sia in ordine alla personalità dell'imputato, l'inflizione di mesi sei di reclusione concesse le attenuanti generiche equivalenti alla contestata sussistente aggravante di cui all'art. 13 legge 8.2.48 n. 47, oltre al pagamento delle spese processuali.

Si ritiene di concedere le attenuanti generiche attesa l'incensuaretezza.

Può essere concessa la sospensione condizionale della pena fidando che l'imputato vorrà per il futuro astenersi dal commettere reati.

Devesi altresì condannare l'imputato al risarcimento in favore della parte civile costituita Adel Smith del danno subito da questa a causa del riprovevole contegno dell'imputato, danno da liquidarsi in separato giudizio nonché al pagamento delle spese di costituzione assistenza rappresentanza della parte civile stessa che liquida in € 1000,00 oltre accessori di legge. Si assegna una provvisoria immediatamente esecutiva pari a € 3000,00.

Attesa la complessità si riserva la motivazione in 90 giorni.

PQM

v. gli artt. 533, 535, 538, 539, 541 cpp. e 62 bis cp dichiara l'imputato colpevole del reato ascritto e concesse le attenuanti generiche valutate come equivalenti alla contestata aggravante, di cui all'art. 13 legge 47/48, lo condanna alla pena di mesi sei di reclusione oltre al pagamento delle spese processuali.

Pena sospesa v. l' art. 1 legge 241/06

Dichiara condonata la pena irrogata.

Dichiara altresì tenuto e per l'effetto condanna l'imputato al risarcimento a favore della parte civile costituita Smith Adel del danno da questi subito da liquidarsi in separato giudizio nonché alla rifusione delle spese di costituzione assistenza rappresentanza della parte civile stessa che liquida in € 1000,00 oltre accessori di legge.

Assegna alla parte civile una provvisionale immediatamente esecutiva pari a € 3000,00.

Motivazione in giorni 90.

Legge 24 dicembre 2007, n. 244, art. 3, commi 5, 6, 7 e 8.*

5. Per l'anno finanziario 2008, fermo quanto già dovuto dai contribuenti a titolo di imposta sul reddito delle persone fisiche, una quota pari al cinque per mille dell'imposta netta, diminuita del credito d'imposta per redditi prodotti all'estero e degli altri crediti d'imposta spettanti, è destinata, nel limite dell'importo di cui al comma 8, in base alla scelta del contribuente, alle seguenti finalità:

a) sostegno delle organizzazioni non lucrative di utilità sociale di cui all'art. 10 del decreto legislativo 4 dicembre 1997, n. 460, e successive modificazioni, nonché delle associazioni di promozione sociale iscritte nei registri nazionale, regionali e provinciali previsti dall'art. 7, commi 1, 2, 3 e 4, della legge 7 dicembre 2000, n. 383, e delle associazioni riconosciute che senza scopo di lucro operano in via esclusiva o prevalente nei settori di cui all'articolo 10, comma 1, lettera a), del decreto legislativo 4 dicembre 1997, n. 460;

b) finanziamento agli enti della ricerca scientifica e dell'università;

c) finanziamento agli enti della ricerca sanitaria.

6. I soggetti di cui al comma 5 ammessi al riparto devono redigere, entro un anno dalla ricezione delle somme ad essi destinate, un apposito e separato rendiconto dal quale risulti, anche a mezzo di una relazione illustrativa, in modo chiaro e trasparente la destinazione delle somme ad essi attribuite.

7. Con decreto di natura non regolamentare del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro della solidarietà sociale, del Ministro dell'università e della ricerca e del Ministro della salute, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sono stabilite le modalità di richiesta, le liste dei soggetti ammessi al riparto e le modalità del riparto delle somme stesse nonché le modalità e i termini del recupero delle somme non rendicontate ai sensi del comma 6.

8. Per le finalità di cui ai commi da 5 a 7 è autorizzata la spesa nel limite massimo di 380 milioni di euro per l'anno 2009.

* La regolamentazione del "5 per mille", nella versione contenuta nella legge finanziaria per il 2008, sopra riportata, sorprende per la scomparsa delle fondazioni dal novero dei soggetti che possono usufruirne, a meno che queste non assumano la qualifica di onlus. Si tratta di un'esclusione del tutto irragionevole, in quanto risulta davvero difficile comprendere la *ratio* per la quale un'organizzazione *non profit*, che non rivesta la qualifica di onlus, ma che operi in settori di utilità sociale, possa partecipare al riparto del 5 per mille solo se abbia natura associativa e ne sia esclusa radicalmente se invece sia una fondazione! Senza dire che, nell'ambito degli enti religiosi, talvolta risulta veramente difficile stabilire se si tratti di soggetto a natura associativa o fondatizia, con tutte le complicazioni che, inevitabilmente, ne conseguiranno.

Postilla in tema di partecipazione degli enti religiosi al riparto del 5 per mille

ANTONIO GUARINO

Recentemente è stato pubblicato¹ il primo elenco definitivo relativo ai soggetti, di cui all'art. 1, comma 337, della legge 23 dicembre 2005, n. 266 (legge finanziaria per il 2006), ammessi ad usufruire dei proventi della destinazione della quota del 5 per mille dell'imposta sul reddito delle persone fisiche. Si tratta di un numero di organizzazioni piuttosto elevato, precisamente 20.958, a fronte di quasi 16 milioni di contribuenti che hanno operato la scelta di destinazione².

All'interno dell'elenco spicca la presenza di numerosi e variegati enti di natura religiosa. È da segnalare, in primo luogo, la presenza di enti rappresentativi di confessioni religiose, tra i quali la "Congregazione cristiana dei testimoni di Geova", che incassa uno dei contributi quantitativamente più consistenti³, l'"Associazione buddista della Comunità cinese in Italia", il "Cerchio ist. per la diffusione della religione buddista zen", l'"Associazione Chiesa cristiana evangelica", la "Chiesa cristiana evangelica indipendente", la "Chiesa cristiana evangelica pentecostale", la "Fede cristiana pentecostale", l'"Associazione cristiano ortodossi in Italia (Giurisdizioni tradizionali)", la "Chiesa apostolica in Italia", la "Chiesa cristiana del pieno evangelo", la "Chiesa evangelica etiope in Roma", la "Chiesa evangelica della riconciliazione", la "Chiesa evangelica internazionale", l'"Associazione Vishwa Nirmala Dharma – la pura religione universale", "United religions", l'"Unione induista italiana Sanatana Dharma Samgha".

È significativa anche la presenza delle comunità islamiche, che, talora, si presentano, nella denominazione come organizzazioni di carattere culturale: il "Centro culturale islamico di Bergamo", il "Centro culturale islamico di Trieste e Venezia-Giulia", il "Madni Centro culturale islamico", l'"Associazione culturale islamica di Frosinone e Lazio Onlus", l'"Associazione comunità islamica macedone mantovana", l'"Associazione culturale islamica", l'"Associazione islamica del Trentino Alto-Adige", la "Comunità islamica di Venezia e Provincia".

Interessantissima è, poi, la varietà di enti della Chiesa cattolica che ha partecipato al riparto del 5 per mille. Nell'elenco ministeriale spiccano numerose chiese parrocchiali, vari comitati per il recupero o il restauro di chiese e anche la fabbrica

¹ Sul sito internet www.agenziaentrate.it.

² In realtà, il numero di contribuenti che hanno effettivamente devoluto la quota dell'Irpef è minore, poiché quasi 2,5 milioni di essi hanno espresso una volontà di destinazione non valida, in quanto hanno presentato una dichiarazione dei redditi con imposta netta pari a zero.

³ Pari a oltre 800.000 euro, frutto di quasi 50.000 scelte di destinazione.

della Chiesa cattedrale di Pienza; sono rinvenibili alcune province monastiche⁴ e parecchie case religiose; inoltre, vi compaiono alcune fondazioni di culto e diverse associazioni religiose; infine, sono state ammessi al beneficio anche due asili infantili gestiti da suore.

Sono dati significativi, che, per il loro modo di tradurre il dato normativo che ha introdotto questa nuova forma di finanziamento, potrebbero avere ricadute sulla complessiva regolamentazione del *non profit* e sul contesto del finanziamento pubblico delle confessioni religiose.

Invero, questa forma di finanziamento pubblico è stata introdotta nella succitata legge finanziaria per il 2006, a titolo sperimentale, e, nella formulazione di quella legge, consentiva al contribuente di destinare il 5 per mille dell'imposta sul reddito delle persone fisiche a quattro categorie di beneficiari: "a) sostegno del volontariato e delle altre organizzazioni non lucrative di utilità sociale di cui all'art. 10 del decreto legislativo 4 dicembre 1997, n. 460, e successive modificazioni, nonché delle associazioni di promozione sociale iscritte nei registri nazionale, regionali e provinciali previsti dall'art. 7, commi 1, 2, 3 e 4, della legge 7 dicembre 2000, n. 383, e delle associazioni e fondazioni riconosciute che operano nei settori di cui all'articolo 10, comma 1, lettera a), del decreto legislativo 4 dicembre 1997, n. 460; b) finanziamento della ricerca scientifica e dell'università; c) finanziamento della ricerca sanitaria; d) attività sociali svolte dal comune di residenza del contribuente"⁵.

Le organizzazioni religiose si sono collocate tra le entità di cui alla lettera a) della disposizione sopra riportata, probabilmente rivendicando o la qualifica di onlus, ad esse spettante se espressioni di una confessione che veda i propri rapporti con lo Stato disciplinati in forma negoziata⁶, oppure la qualifica di associazione o fondazione operante nei settori considerati di utilità sociale dal d.lgs. 460/97 sulle onlus⁷.

Rispetto a questa collocazione induce a riflettere il fatto che, tra i soggetti ammessi al riparto del 5 per mille, compaiono enti a pregnante, se non esclusiva, finalità religiosa, quali le parrocchie e le provincie di istituti religiosi⁸, oppure istituzioni rappresentative dell'intera confessione religiosa, come la Congregazione cristiana dei testimoni di Geova. Invero, l'inclusione di soggetti che svolgono attività "tipicamente" religiose tra i beneficiari del 5 per mille potrebbe essere interpretato come un fattore di novità nell'orientamento della prassi amministrativa, in relazione alla *vexata quaestio* dell'inclusione o meno delle attività religiose svolte dagli enti ecclesiastici tra quelle che devono essere considerate di "utilità sociale" ai sensi dell'art. 10, comma 1, lettera a, del d.lgs. 460/97.

La disposizione ora citata, come è noto, non menziona espressamente le attività di

⁴ In particolare, quasi tutte le province italiane dell'Ordine dei frati minori conventuali.

⁵ Cfr. Legge 23 dicembre 2005, n. 266, art. 1, comma 337.

⁶ Come stabilito dall'art. 10, n. 9, del citato d.lgs. 460/97.

⁷ Ben potrebbe un ente religioso chiedere e ottenere il riconoscimento della personalità giuridica come ente morale di diritto civile.

⁸ L'art. 2, comma primo, della legge 20 maggio 1985, n. 222, con una presunzione *iuris et de iure* stabilisce che tali enti "sono considerati aventi fine di religione o di culto", con la conseguenza che, ai fini del loro riconoscimento civile come enti ecclesiastici, non è necessario lo specifico accertamento del fine di religione o di culto.

religione o di culto nell'elenco di quelle legislativamente individuate come socialmente utili⁹; un'omissione che ha dato luogo a differenti interpretazioni in dottrina.

Da una parte, vi è chi sottolinea che quest'esclusione troverebbe la sua *ratio* nel fatto che "proprio l'esercizio di attività che costituiscono tratti decisivi dell'identità di un ente, quelle che ne danno la cifra in termini di ecclesiasticità per come la intende, ad esempio, la legislazione pattizia, non integra quell'area della "solidarietà oggettiva" definita dal combinato disposto di cui alle lett. a) e b) dell'art. 10 della legge"¹⁰.

Dall'altra, si è rilevato che la mancata menzione delle attività religiose tra quelle di "utilità sociale", di cui all'art. 10 del d.lgs. 460/97, non implica un'esclusione delle stesse dal godimento delle agevolazioni fiscali previste per le onlus. Infatti, un'interpretazione "restrittiva" si porrebbe in contraddizione con il divieto di discriminazioni fiscali per le attività religiose, sancito dall'art. 20 della Costituzione¹¹: un rischio di incostituzionalità della disciplina, che potrebbe essere superato attraverso il ricorso al principio di equiparazione tributaria tra le attività di religione e di culto e quelle di beneficenza e istruzione, sancito nella legislazione concordataria, nelle intese con i culti acattolici e perfino nella normativa fascista sui "culti ammessi"¹².

Dal canto suo, la prassi ministeriale non ha mai preso specificamente posizione sulla questione, anche se le indicazioni contenute nella circolare n. 168/E del 26 giugno 1998¹³ sembrerebbero indurre all'esclusione delle attività religiose dal novero di quelle socialmente utili; con riferimento, infatti, agli enti ecclesiastici la citata circolare rimarca che gli stessi sono considerati onlus limitatamente all'esercizio delle attività elencate alla lettera a del comma 1 dell'art. 10 del d.lgs. 460/97. L'"apertura" dell'Amministrazione finanziaria sul 5 per mille per quanto concerne le attività svolte dalle organizzazioni religiose potrebbe, pertanto, rappresentare un'inversione di tendenza a livello amministrativo.

I prossimi anni potranno confermare se si tratti davvero di un nuovo orientamento. Quello che, invece, fin d'ora emerge con evidenza è la complessità e l'importanza che sta assumendo il diritto ecclesiastico tributario. Una complessità che è data dal sovrapporsi:

- a) dei canali di finanziamento pubblico e delle agevolazioni fiscali stabiliti nella legislazione negoziata tra Stato e confessioni religiose;
- b) delle peculiari norme di favore fiscale per il fattore religioso contenute in forma disorganica nella legislazione unilaterale;
- c) della progressiva e crescente "attrazione" della disciplina tributaria degli enti

⁹ Tra le quali, invece, rientrano "assistenza sociale e socio sanitaria; assistenza sanitaria; beneficenza; istruzione; formazione; sport dilettantistico; tutela, promozione e valorizzazione delle cose d'interesse artistico e storico; tutela e valorizzazione della natura e dell'ambiente; promozione della cultura e dell'arte; tutela dei diritti civili; ricerca scientifica di particolare interesse sociale svolta direttamente da fondazioni".

¹⁰ Cfr. MARIA CRISTINA FOLLIERO, *Degli enti ecclesiastici e delle onlus. (Conservazione e infrazione, contesto e contrasto: i quattro cantoni degli enti ecclesiastici)*, in *Quaderni della Scuola di specializzazione in diritto ecclesiastico e canonico*, 5, Napoli, 1999, p. 127.

¹¹ Cfr. ANTONIO GUARINO, *Diritto ecclesiastico tributario e articolo 20 della Costituzione*, Napoli, 2001, pp. 152-154.

¹² *Ibidem.*

¹³ Il testo della circolare può essere letto in *Codice degli enti non profit*, a cura di G. IUDICA, Milano, 1999, p. 461 ss.

ecclesiastici nell'ambito del diritto comune che regolamenta i finanziamenti diretti e indiretti a favore del terzo settore.

Una riduzione delle aree di legislazione tributaria "speciale" per gli enti ecclesiastici e, contemporaneamente, la auspicabile scomparsa di antiquate pregiudiziali "separatistiche", che hanno talora ostacolato un "sereno" inserimento del fattore religioso tra le attività incentivate dalla disciplina fiscale del terzo settore, potrebbero favorire il superamento delle incertezze che regnano in questa materia: il meccanismo del 5 per mille potrebbe costituire un valido banco di prova in tal senso.

Carta dei valori

L'Italia, comunità di persone e di valori

L'Italia è uno dei Paesi più antichi d'Europa che affonda le radici nella cultura classica della Grecia e di Roma. Essa si è evoluta nell'orizzonte del cristianesimo che ha permeato la sua storia e, insieme con l'ebraismo, ha preparato l'apertura verso la modernità e i principi di libertà e di giustizia.

I valori su cui si fonda la società italiana sono frutto dell'impegno di generazioni di uomini e di donne di diversi orientamenti, laici e religiosi, e sono scritti nella Costituzione democratica del 1947. La Costituzione rappresenta lo spartiacque nei confronti del totalitarismo, e dell'antisemitismo che ha avvelenato l'Europa del XX secolo e perseguitato il popolo ebraico e la sua cultura.

La Costituzione è fondata sul rispetto della dignità umana ed è ispirata ai principi di libertà ed eguaglianza validi per chiunque si trovi a vivere sul territorio italiano. Partendo dalla Costituzione l'Italia ha partecipato alla costruzione dell'Europa unita e delle sue istituzioni. I Trattati e le Convenzioni europee contribuiscono a realizzare un ordine internazionale basato sui diritti umani e sulla eguaglianza e solidarietà tra i popoli.

La posizione geografica dell'Italia, la tradizione ebraico-cristiana, le istituzioni libere e democratiche che la governano, sono alla base del suo atteggiamento di accoglienza verso altre popolazioni. Immersa nel Mediterraneo, l'Italia è stata sempre crocevia di popoli e culture diverse, e la sua popolazione presenta ancora oggi i segni di questa diversità.

Tutto ciò che costituisce il patrimonio dell'Italia, le sue bellezze artistiche e naturali, le risorse economiche e culturali, le sue istituzioni democratiche sono al servizio degli uomini, delle donne, dei giovani, e delle future generazioni. La nostra Carta costituzionale tutela e promuove i diritti umani inalienabili, per sostenere i più deboli, per garantire lo sviluppo delle capacità e attitudini di lavoro, morali, spirituali, di ogni persona.

Dignità della persona, diritti e doveri

1. L'Italia è impegnata perché ogni persona sin dal primo momento in cui si trova sul territorio italiano possa fruire dei diritti fondamentali, senza distinzione di sesso, etnia, religione, condizioni sociali. Al tempo stesso, ogni persona che vive in Italia deve rispettare i valori su cui poggia la società, i diritti degli altri, i doveri di solidarietà richiesti dalle leggi. Alle condizioni previste dalla legge, l'Italia offre asilo e protezione a quanti, nei propri Paesi, sono perseguitati o impediti nell'esercizio delle libertà fondamentali.

2. Nel prevedere parità di diritti e di doveri per tutti, la legge offre il suo sostegno

a chi subisce discriminazioni, o vive in stato di bisogno, in particolare alle donne e ai minori, rimuovendo gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona.

3. I diritti di libertà, e i diritti sociali, che il nostro ordinamento ha maturato nel tempo devono estendersi a tutti gli immigrati. È garantito il diritto alla vita dal suo inizio fino al compimento naturale, e il diritto alla salute con le cure gratuite quando siano necessarie; una protezione speciale è assicurata alla maternità e all'infanzia. Il diritto all'istruzione è riconosciuto quale strumento indispensabile per la crescita personale e l'inserimento nella società.

4. L'uomo e la donna hanno pari dignità e fruiscono degli stessi diritti dentro e fuori la famiglia. Alle donne, agli uomini, ai giovani immigrati l'Italia offre un cammino di integrazione rispettoso delle identità di ciascuno, e che porti coloro che scelgono di stabilirsi nel nostro Paese a partecipare attivamente alla vita sociale.

5. L'immigrato può, alle condizioni previste dalla legge, diventare cittadino italiano. Per ottenere la cittadinanza nei tempi previsti dalla legge occorre conoscere la lingua italiana e gli elementi essenziali della storia e della cultura nazionali, e condividere i principi che regolano la nostra società. Vivere sulla stessa terra vuol dire poter essere pienamente cittadini insieme e far propri con lealtà e coerenza valori e responsabilità comuni.

Diritti sociali. Lavoro e salute

6. L'Italia tutela e promuove il lavoro in tutte le sue espressioni, condanna e combatte ogni forma di sfruttamento umano, in modo particolare quello delle donne e dei bambini. Il lavoro favorisce lo sviluppo della persona e la realizzazione delle sue attitudini e capacità naturali.

7. L'immigrato, come ogni cittadino italiano, ha diritto ad un compenso adeguato per il lavoro svolto, al versamento dei contributi per la sanità e la previdenza, a vedersi garantito il sostentamento nei casi di malattia e infortunio, e nell'età avanzata, alle condizioni previste dalla legge. Ogni lavoro deve svolgersi in condizioni di sicurezza per la salute e l'integrità della persona.

8. Chiunque sia oggetto di molestie, discriminazioni, o sfruttamento, sul luogo di lavoro può rivolgersi alle autorità pubbliche, alle organizzazioni sindacali, sociali e di assistenza, per vedere rispettati i propri diritti e poter adempiere alle proprie mansioni nel rispetto della dignità umana.

9. Cittadini e immigrati hanno diritto ad essere curati nelle strutture pubbliche. I trattamenti sanitari sono effettuati nel rispetto della volontà della persona, della sua dignità, e tenendo conto della sensibilità di ciascuno. È punita ogni mutilazione del corpo, non dovuta a esigenze mediche, da chiunque provocata.

10. L'Italia è impegnata perché tutti possano fruire di una abitazione adeguata ai bisogni della propria famiglia e a costi ragionevoli. Chi si trovi in stato di bisogno, o sia costretto a subire costi eccessivi per la propria abitazione, può rivolgersi alle autorità pubbliche o alle associazioni sindacali per ricevere assistenza e ottenere il rispetto dei propri diritti.

Diritti sociali. Scuola, istruzione, informazione

11. I bambini e i ragazzi hanno il diritto e il dovere di frequentare la scuola dell'obbligo, per inserirsi a parità di diritti nella società e divenirne soggetti attivi. È dovere di ogni genitore, italiano o straniero, sostenere i figli negli studi, in primo luogo iscrivendoli alla scuola dell'obbligo, che inizia con la scuola primaria fino ai 16 anni.

12. L'insegnamento è diretto alla formazione della persona e promuove la conoscenza dei diritti fondamentali e l'educazione alla legalità, le relazioni amichevoli tra gli uomini, il rispetto e la benevolenza verso ogni forma di vita esistente. Anche per favorire la condivisione degli stessi valori, la scuola prevede programmi per la conoscenza della storia, della cultura, e dei principi delle tradizioni italiana ed europea. Per un insegnamento adeguato al pluralismo della società è altresì essenziale, in una prospettiva interculturale, promuovere la conoscenza della cultura e della religione di appartenenza dei ragazzi e delle loro famiglie.

13. La scuola promuove la conoscenza e l'integrazione tra tutti i ragazzi, il superamento dei pregiudizi, e la crescita comune dei giovani evitando divisioni e discriminazioni. L'insegnamento è impartito nel rispetto delle opinioni religiose o ideali dei ragazzi e delle famiglie e, a determinate condizioni, prevede corsi di insegnamento religioso scelti volontariamente dagli alunni o dai loro genitori.

14. Sulla base degli stessi valori, spetta anche ai mezzi d'informazione favorire la conoscenza dell'immigrazione, delle sue componenti culturali e religiose, contrastando pregiudizi e xenofobie. Il loro ruolo è essenziale per diffondere un pluralismo culturale rispettoso delle tradizioni e dei valori basilari della società italiana.

15. È garantito il diritto di enti e privati di istituire scuole o corsi scolastici, purché non discriminino gli alunni per motivi etnici o confessionali, e assicurino un insegnamento in armonia con i principi generali dell'istruzione, e i diritti umani che spettano alle persone. Ogni tipo di insegnamento, comunque impartito a livello pubblico o privato, deve rispettare le convinzioni di ciascuno e tendere a unire gli uomini anziché a dividerli.

Famiglia, nuove generazioni

16. L'Italia riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio, e considera l'educazione familiare strumento necessario per la crescita delle nuove generazioni.

17. Il matrimonio è fondato sulla eguaglianza di diritti e di responsabilità tra marito e moglie, ed è per questo a struttura monogamica. La monogamia unisce due vite e le rende corresponsabili di ciò che realizzano insieme, a cominciare dalla crescita dei figli. L'Italia proibisce la poligamia come contraria ai diritti della donna, in accordo anche con i principi affermati dalle istituzioni europee.

18. L'ordinamento italiano proibisce ogni forma di coercizione e di violenza dentro e fuori la famiglia, e tutela la dignità della donna in tutte le sue manifestazioni e in ogni momento della vita associativa. Base dell'unione coniugale è la libertà matrimoniale che spetta ai giovani, e comporta il divieto di coercizioni e di matrimoni forzati, o tra bambini.

19. L'Italia tutela la libertà dei minori nello sviluppo della propria personalità, che si realizza anche nell'incontro con altri giovani e nella partecipazione alle attività sociali. Il principio di eguaglianza non è conciliabile con le pretese di separare, a motivo dell'appartenenza confessionale, uomini e donne, ragazzi e ragazze, nei servizi pubblici e nell'espletamento delle attività lavorative.

Laicità e libertà religiosa

20. L'Italia è un Paese laico fondato sul riconoscimento della piena libertà religiosa individuale e collettiva. La libertà religiosa è riconosciuta ad ogni persona, cittadino o straniero, e alle comunità religiose. La religione e la convinzione non possono essere motivo di discriminazione nella vita sociale.

21. Tutte le confessioni religiose sono egualmente libere davanti alla legge. Lo Stato laico riconosce il contributo positivo che le religioni recano alla collettività e intende valorizzare il patrimonio morale e spirituale di ciascuna di esse. L'Italia favorisce il dialogo interreligioso e interculturale per far crescere il rispetto della dignità umana, e contribuire al superamento di pregiudizi e intolleranza. La Costituzione prevede accordi tra Stato e confessioni religiose per regolare le loro specifiche condizioni giuridiche.

22. I principi di libertà e i diritti della persona non possono essere violati nel nome di alcuna religione. È esclusa ogni forma di violenza, o istigazione alla violenza, comunque motivata dalla religione. La legge, civile e penale, è eguale per tutti, a prescindere dalla religione di ciascuno, ed unica è la giurisdizione dei tribunali per chi si trovi sul territorio italiano.

23. La libertà religiosa e di coscienza comprende il diritto di avere una fede religiosa, o di non averla, di essere praticante o non praticante, di cambiare religione, di diffonderla convincendo gli altri, di unirsi in organizzazioni confessionali. È pienamente garantita la libertà di culto, e ciascuno può adempiere alle prescrizioni religiose purché non contrastino con le norme penali e con i diritti degli altri.

24. L'ordinamento tutela la libertà di ricerca, di critica e di discussione, anche in materia religiosa, e proibisce l'offesa verso la religione e il sentimento religioso delle persone. Per la legge dello Stato, la differenza di religione e di convinzione non è di ostacolo alla celebrazione del matrimonio.

25. Movendo dalla propria tradizione religiosa e culturale, l'Italia rispetta i simboli, e i segni, di tutte le religioni. Nessuno può ritenersi offeso dai segni e dai simboli di religioni diverse dalla sua. Come stabilito dalle Carte internazionali, è giusto educare i giovani a rispettare le convinzioni religiose degli altri, senza vedere in esse fattori di divisione degli esseri umani.

26. In Italia non si pongono restrizioni all'abbigliamento della persona, purché liberamente scelto, e non lesivo della sua dignità. Non sono accettabili forme di vestiario che coprono il volto perché ciò impedisce il riconoscimento della persona e la ostacola nell'entrare in rapporto con gli altri.

L'impegno internazionale dell'Italia

27. In coerenza con questi principi l'Italia svolge nel mondo una politica di pace e di rispetto di tutti i popoli, per promuovere la convivenza tra le nazioni, per scongiurare la guerra e il terrorismo. L'Italia è impegnata in campo internazionale per tutelare le ricchezze di vita e di ambiente del pianeta.

28. L'Italia ripudia la guerra come strumento di soluzione delle controversie internazionali, le armi di distruzione di massa, e ogni forma di tortura o di pene degradanti per la dignità umana. Essa condanna l'antisemitismo, che ha portato al genocidio del popolo ebraico, e ogni tendenza razzista che vuole dividere gli uomini e umiliare i più deboli. L'Italia rifiuta tutte le manifestazioni di xenofobia che si esprimono di volta in volta nella islamofobia o in pregiudizi verso popolazioni che vengono da altre parti del mondo.

29. Insieme agli altri Paesi europei, l'Italia ha abolito la pena di morte e lavora nelle sedi internazionali perché sia abrogata nel resto del mondo. L'abolizione della pena di morte costituisce un traguardo di civiltà che fa prevalere il rispetto della vita sullo spirito di vendetta.

30. L'Italia è impegnata a risolvere pacificamente le principali crisi internazionali, in particolare il conflitto israelo-palestinese che si trascina da tanto tempo. L'impegno

dell'Italia è da sempre a favore di una soluzione che veda vivere insieme i popoli della regione, in primo luogo israeliani e palestinesi nel contesto di due Stati e due democrazie.

31. Insieme agli altri Paesi europei, l'Italia agisce a livello internazionale per promuovere ovunque il rispetto della dignità e dei diritti umani, e per favorire l'affermazione della democrazia politica, come forma di Stato che consente la partecipazione dei cittadini al governo della cosa pubblica e il rispetto crescente dei diritti della persona.

Diritto e religioni

PARTE III

Letture

Piero Bellini, *Il diritto di essere se stessi. Discorrendo dell'idea di laicità*

È questa di PIERO BELLINI, *Il diritto di essere se stessi. Discorrendo dell'idea di laicità*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. XVII-247, la mia terza lettura sul tema della laicità che, contrariamente a quanto avevo rilevato, incontra oggi l'interesse della dottrina in misura maggiore di quanto non avveniva in passato.

Di tutte le letture questa è la più difficile e, nel contempo, la più personale, pienamente disvelatrice delle idee dell'A., il quale rileva subito "l'appannamento concettuale della «idea di laicità» quale criterio-guida del nostro vivere in comune", "l'assenza formale del principio nel testo della Costituzione democratica del 1948", l'anomalia dell'art. 7 cpv. Cost., al quale è seguito "un lungo periodo di «stagnazione normativa», nonostante la Consulta la consideri oggi, dopo la sentenza n. 203/89, un principio supremo del sistema giuridico italiano, per cui "l'«idea di laicità» rimane tuttora largamente indefinita", e la religione cattolica largamente privilegiata. Bellini vede l'esperienza religiosa ridotta "alla dismessa sfera del privato" e, di pari passo, accentuata la pretesa della gerarchia di "far valere una «presenza civile della Chiesa», ed auspica una «ripubblicizzazione» della fede". Occorre, egli dice, "una riconsiderazione dell'interezza del sistema", anche perché la scienza ecclesiasticistica è andata via via spegnendosi. Si è data scarsa considerazione, infatti, alle forme di religiosità alternative che si sono via via sviluppate, di impostazione culturale esoterica, al modello islamico che nega "la «laicità della politica»", ai nuovi orizzonti che vengono profilandosi, per cui si è espropriata "«l'idea della laicità» della sua carica civile", esorcizzandone il concetto e facendola divenire "una vacua formula", capace di prendere "a volta a volta le significazioni più diverse: secondo le circostanze, e le occorrenze", in perfetta sintonia con la morte delle ideologie – e la laicità certamente lo è – anche per la "propensione di molti *maîtres à penser*... vuoi a servirsi delle ragioni politiche a vantaggio di quelle religiose, vuoi a servirsi con altrettanta spigliatezza delle ragioni religiose a vantaggio dell'utile politico". Ne è seguita "una sorta di «sterilizzazione» del principio", "di «generica tolleranza», quando è, invece, "*regula et mensura* d'un ordinato vivere in comune", "entità storica puntuale", poco adatta ai "più destri aggiustamenti", per cui occorre ridefinirla. "Fatta significare troppe cose" – nota Bellini – "l'«idea di laicità» rischia di non significarne più nessuna".

Non si sarebbe potuto dire in modo più chiaro e più caustico quanto alcuni di noi pensano da tempo senza, a dire il vero, che ne sia seguita una precisa presa di coscienza né da parte della stessa Consulta, né della dottrina di stampa cattolica

che ha considerato la laicità un concetto inutile, né da chi continua a privilegiare i rapporti con la Chiesa cattolica.

Bellini non fa un'analisi storica o di diritto positivo – dal momento che l'anti-dogmatismo è consustanziale all'idea di laicità – ma concettuale, prendendo le mosse, giustamente, dall'esperienza liberale, dal rapporto filosofico tra fede e ragione e dalla pretesa superiorità di quest'ultima, in quanto “non «atto d'intelletto» è il credere, ma di sentimento, “e questo non è dominabile dall'uomo, ma lo domina”. Siamo in un ambito personale, olistico, quello delle convinzioni di fede. Caratterizza il laico il fatto di non credere alle proprie convinzioni come verità assolute, il che non significa non credere in nulla purché anche la sua scelta si sostanzia in “tutta una «pluralità» di atti di fede», quello di essere libero e di essere se stesso, di essere cioè «protagonista della propria vicenda personale». Bellini nota bene che “la «rivoluzione liberale» ha trasformato il volto dell'Europa”, e che l'idea di laicità è stata il motore portante.

Così il separatismo che ne consegue, che non va interpretato come una sorta di insensibilità “della legge giuridica civile verso il «fattore religioso»”. Spetta piuttosto “all'ordine civile...presiedere la libertà religiosa individuale e collettiva dei soggetti”. Bellini parla del principio di eguaglianza, del *favor religionis*, della centralità delle persone e delle coscienze, per cui ritiene che non vi sia lo spazio, nella sua costruzione, per una laicità aggressiva, né per un laicismo anomalo, autoritario. In questa prospettiva, così come è “«inconfutabile» la «opzione ateistica»...altrettanto va detta inconfutabile...l'opposta «opzione teistica»”, nel pieno rispetto delle posizioni liberali classiche.

Del tutto diverse le posizioni della teologia politica cattolica. Anche se il Concilio è apparso più sensibile, v'è stata in genere “una sorta di «canonizzazione del principio di laicità»”, nel tentativo “di ascrivere a sé il merito di un civile progresso che loro non è punto accreditabile”, dal momento che il “«principio dualistico evangelico»...poco ha in comune con l' «idea di laicità»”. Bellini accenna alle tendenze della Chiesa di trasferire – fin dal periodo costantiniano – nell'ambito dello *ius publicum* i propri canoni dogmatici ed assiologici, con la conseguenza “che ai fatti dello spirito «possano» esser applicati i «criteri autoritativi» che presiedono al «governo politico degli uomini»”. Un tentativo destinato all'insuccesso date “le irriducibili antinomie di fondo che dividono l'antropologia cristiana-cattolica dalle accezioni antropologiche di stampo liberale. Per la Chiesa, infatti, l'uomo non può essere mai pienamente autonomo, libero. In tal modo, “l' «idea di laicità di promanazione profana» viene diciamo così «disinnescata» nella sua carica esplosiva”; è un tentativo di declassare la libertà di religione.

Ci sono regole sociali, non giuridiche, che richiedono “un diffuso «assenso complessivo», senza di che non potrebbero diventare regole normative. Una sorta di parallelismo tra costume e legge, di “*lex naturae* volta per la sua specifica funzione non a «ordinare hominem ad Deum» si invece a «ordinare hominem ad hominem»”.

Al sentimento di doverosità verso un'entità superiore si dovrebbe accompagnare il “«debito di lealtà verso se stessi»” e il “rispetto della «libertà dell'altro»”. Per Bellini “i «modi del sentimento laico» e i «modi del sentimento religioso» sono lontani”. Il non credere non dovrebbe “«offendere la sensibilità spirituale del credente»”, dato “il maggior «grado di intensione emozionale» che contrassegna il sentimento religioso a fronte di quello a-religioso o irreligioso”.

Da parte sua, il laico riterrà le opinioni spirituali altrui diverse, non erronee, dal momento che non v'è per lui nessuna esclusiva verità dogmatica.

Nei rapporti interpersonali il principio di riferimento è quello della libertà reli-

giosa. Venuto meno il monismo ideologico e quello politico-giuridico della *respublica christiana*, oggi appare più difficile un adeguamento del diritto alla morale. La centralità della persona non comporta che il pubblico potere favorisca la virtù. Moralità e legalità non coincidono. I singoli hanno solo la facoltà di autodeterminarsi, e lo Stato presuppone estranei alla propria sfera di disponibilità gli interessi religiosi che vengono considerati privati. A sua volta, la legge civile considera estranee al proprio ambito le «vicende spirituali dei soggetti», al più essa appare «eticamente neutra». Il richiamo fatto da Bellini ai principi «*alterum non laedere*», «*unicuique suum*» e «*honeste vivere*», come regole di comportamento mi trova totalmente concorde.

L'ordine giuridico civile deve pertanto garantire l'autodeterminazione personale. Bisogna però «includere in via preliminare l'idea di libertà» nell'«area operativa della laicità»: distinta dall'«area operativa dell'arbitrio», che per Bellini si risolve «nel diritto di fare il proprio dovere», indipendentemente da ogni coercizione esterna. Il rapporto è quindi quello tra laicità e libertà. La legge deve aprirsi alle esigenze di chi crede e di chi non crede. La libertà «è sofferta conquista di ogni giorno», «volontà d'essere liberi». Bellini avverte che questa è un'opzione personale e che non spetta allo Stato il garantirla. A suo avviso «la legge giuridica civile deve attendere a una 'duplice missione': consentire l'«auto-codificazione personale» accompagnandola con una «funzione promozionale». Ciò si sostanzia in un *favor religionis* e, nel contempo, in un *favor libertatis* e in un *favor hominis*.

«L'intero sistema delle libertà fondamentali deve essere volto verso l'impegno di autodeterminazione soggettiva», di «autopromozione religiosa-etica-civica dei singoli». Ognuno, ribadisce, deve poter «manifestare liberamente la propria credenza religiosa», che è uno dei punti d'arrivo della libertà religiosa senza, ricorderei, che ne abbia alcun nocumento o restrizione dei propri diritti. È un principio che risale alla legge Sineo del 1848 e che ritroviamo in forma quasi identica nella Costituzione americana. Bellini avverte che ha poco senso garantire alle persone tale diritto se non ne conseguono precisi comportamenti da parte dello Stato, ma incentra la propria attenzione non su quest'ultimo ma sulla capacità dell'uomo di autorealizzarsi secondo «convincimenti responsabili», senza «sostanziali condizionamenti estrinseci». È un po' poco perché così il singolo sembra esposto quanto meno ai condizionamenti che gli possono venire dalla propria appartenenza ad una confessione, rispetto ai quali non può che essere garantito dallo Stato. E questo non può assumere nei confronti della libertà religiosa una posizione meramente negativa, limitarsi a non condizionarla, ma anche positiva, posto il valore che alla religione attribuisce lo stesso art. 4 Cost.. Il pluralismo religioso può dare un contributo in tale direzione. Come intendere allora «il principio di «neutralità dei pubblici poteri», di «imparzialità», di «equidistanza» dello Stato nei confronti dei fatti dello spirito, delle azioni umane che non ledono i valori dell'ordinamento? Nel senso di un giurisdizionalismo laico che non significhi né «assenteismo d'uno Stato inerte»...né «interventismo pubblico». Cos'è allora?

«La libertà di ciascun essere umano» deve trovare un limite «nella concomitante dignità degli altri consociati», dice Bellini. È la libertà relativa posta sul piano della libertà di coscienza, «suffragata dallo «spirito solidaritico», che a Bellini sembra però piuttosto meccanicistica. A suo avviso la libertà dell'uno può limitare quella dell'altro, per cui occorrerebbe «un «ponderato contemporaneo funzionale pratico». Difficile, come difficile è la contrapposizione tra una libertà di coscienza laica ed una libertà di coscienza religiosa. Lo Stato, in questo concordo, deve assicurare ai propri consociati «una «tutela piena e ferma» di qualsiasi libertà. Bellini parla di lealtà verso se stessi, che non mi sentirei di mettere in discussione; accenna al criterio

di ragionevolezza, che non avrei utilizzato per principi di tale portata; richiama la religiosità dell'Islam, che non avrebbe partecipato al "processo secolarizzante" – per questo nemmeno quella cattolica –, rilievo vero anche se non vedo come si possa limitare la libertà religiosa nei confronti dei musulmani.

Bellini ricorda, come corollario della laicità – ma aggiungerei come atteggiamento tipico del mondo liberale – che l'ordine giuridico civile doveva arrestarsi "riguardoso al limitare invalicabile delle singole coscienze individuali" e parla delle "non inframittenze dei Pubblici Poteri nella vita interna delle comunità particolari" come le confessioni. Ancora una volta Bellini pone i singoli sullo stesso piano delle comunità confessionali di appartenenza, dimenticando il maggiore insegnamento di Ruffini: che la vera libertà religiosa debba rinvenirsi in capo ai singoli che possono essere vessati anche dalle comunità religiose alle quali appartengono. Bellini parla delle confessioni religiose come di formazioni spontanee, che "di già dispongono di un proprio «assetto strutturale»", e questo è da condividere. Ma l'accento non esplicito all'art. 7 Cost. e all'ordine della Chiesa non è poca cosa, perché così si crea un pluralismo zoppo. Il "nesso di «reciproca presupposizione» riguarda le due istituzioni, lo Stato e la Chiesa, non i singoli, e unicamente quelle istituzioni. Né è condivisibile che "la vita interna delle rispettive Confessioni resti «priva di rilevanza giuridica diretta nell'ordine civile»", solo che si pensi ai processi di plagio o di depistaggio e di condizionamento della volontà dei propri adepti, al punto di impedirne l'apostasia, in cui sono incorse talune confessioni. Non si può, ribadisco, porre queste ultime sullo stesso piano dei singoli senza intervenire nei loro *interna corporis* quasi si trattasse delle coscienze degli individui. La concorrenza "di distinte qualificazioni normative per opera dei distinti ordinamenti" è la regola nelle nostre discipline, solo che per i cittadini ha rilievo solo quella dello Stato rimanendo quelle delle singole confessioni riconducibili solo ai propri adepti.

Nell'ambito di un diritto positivizzato, temporale e spirituale non possono porsi sullo stesso piano. Il primo è coattivo, il secondo volontario. Né tutte le *res mixtae* poiché alcune valgono ciascuna nel proprio ordine, come rileva lo stesso Bellini, che è sicuramente più democratico di me, o quando dice che "molte di tali attività personali dotate di una siffatta «bivalenza»...vedono compiutamente dispiegarsi «la loro rilevanza giuridica civile» su un piano nulla più che privatistico". Solo il *civis fidelis*, infatti, si sente sottoposto a entrambi gli ordinamenti.

Bellini passa a questo punto ad analizzare quella che, con espressione felice, chiama la «giurisdizione domestica» delle Confessioni religiose e i «gravosi...«conflitti di lealtà» nei quali possono incorrere i *fideles*", per i quali si deve obbedire più a Dio che agli uomini. Questo è incontestabile sul piano morale e religioso. La giurisdizione delle grandi confessioni, infatti, provenendo da Dio, non è "disconoscibile, né comprimibile, né condizionabile". Non v'è un rapporto di «coincidenza necessaria» fra 'doverosità civile' e 'doverosità etico-religiosa'. Si tratta di regole sociali non giuridiche alle quali il fedele si assoggetta per autodeterminazione personale, e delle quali non può non prendere atto l'ordinamento giuridico ufficiale. Sono espressioni di autonomia personale. Bellini dice chiaramente che le formazioni sociali di carattere profano ripetono dallo Stato la propria potestà ed autonomia, anche se hanno propri diritti e propri interessi. Le confessioni religiose "rivendicano invece la «originarietà del proprio ordinamento»", si dichiarano esterne all'ordine dello Stato. Ciò è sicuramente vero per la Chiesa cattolica, meno per le altre confessioni che sono state tradizionalmente considerate come ordinamenti derivati. Quando Bellini dice che non sono gli individui "quelli che intervengono a «formare il gruppo

religioso», sì piuttosto è questo...a incorporare gli individui”, mettendo in primo piano le confessioni, non solo inverte l’insegnamento del Ruffini ma cade in contraddizione con se stesso poiché era partito dalla centralità della persona. Va bene il rapporto con il “«fenomeno associativo civilistico» ma come fa Bellini a dire che lo Stato non ha titolo “a ergersi a giudice o a custode dell’uno o dell’altro intendimento delle grandezze religiose”, ponendo da parte i limiti di ordine pubblico e di buon costume? Come fa a dire che non “ha legittimazione ad intromettersi nel rapporto di «lealtà» e «disciplinarietà» che lega i singoli soggetti al gruppo o ai relativi vertici gerarchici”, quando il singolo ha diritto ad essere garantito proprio dallo Stato nei confronti del gruppo rimanendo di sua competenza tutti i problemi di democraticità e di rappresentatività interna? Non è solo una questione di lealtà e di disciplinarietà, e nemmeno di indebita reviviscenza di misure giurisdizionalistiche, ma di mero diritto privato, come aveva bene intuito.

La sottoposizione volontaria del singolo al gruppo non può comportare una restrizione dei propri diritti da parte degli statuti. Bellini dice bene pertanto che “soltanto al Giudice civile... può spettare in via legittima di imporre a un *nolens* certe limitazioni delle proprie facoltà di autodeterminazione”; ritiene però che le confessioni “non sono in pari misura riducibili all’ «ordine proprio dello Stato». Non sono d’accordo: le confessioni vivono all’interno, in rapporto con l’ordinamento dello Stato e non v’è alcuna “«eterogeneità essenziale» dei valori di spettanza religiosa rispetto ai valori di spettanza civilistica”. Se così fosse sarebbero estranei. I rapporti non sono solo di tipo garantistico, vanno oltre perché lo Stato resta libero di valutare con quali gruppi interagire. Quanto alle confessioni esse non possono ridurre l’ambito di operatività del singolo né imporgli particolari gravami. Il singolo non si stempera nella confessione, aderisce al suo credo e conserva intatti i propri diritti. Come fa Bellini a dire che non conta trattarsi di diritti indisponibili o di libertà fondamentali, senza invertire una gerarchia non solo di fonti ma di valori! Le censure cui l’individuo può andare incontro da parte delle confessioni restano in un ambito religioso, non possono ledere quei diritti che sono garantiti dall’ordinamento civile, per cui conviene che “l’ordinamento dello Stato di diritto non potrà non provvedere per sua parte alla debita tutela dei diritti fondamentali di questo o quel soggetto”. E qui, per fermarsi a quanto dice, l’apostasia è espressione di libertà religiosa, deve essere garantita. Né lo Stato può limitarsi ad essere mero garante statutario, o a garantire le coesistenze delle diverse confessioni.

Il riferimento all’Islam appare a questo punto obbligatorio. Si tratta di un modello sicuramente eterogeneo rispetto all’ordine dello Stato, estraneo, di stampo confessionale, difficilmente assimilabile da parte del nostro ordinamento. Quello islamico è un ordinamento confessionale secondo il quale la legge civile è subordinata a quella religiosa. Ancora una volta Bellini rinvia al senso di dovere dei singoli, al vincolo di appartenenza, anche se non mi sembra che questi abbiano un ampio spazio di operatività. L’ordinamento civile non può allentare questa appartenenza, né garantire il “diritto di recesso” per cui viene meno il rapporto con i singoli. V’è una diversa concezione della libertà religiosa che pone le comunità islamiche e i loro adepti in un difficile rapporto con lo Stato. Resta però il fatto che questo debba garantire anche i propri cittadini di religione musulmana.

Bellini poi parla del rapporto tra pluralismo ideologico e pluralità di monismi, partendo dalla considerazione che “la «istituzionalizzazione della idea di laicità»...è determinazione pubblicistica di larga apertura liberale...dà modo ai singoli...di attuare a loro specifica misura la propria dimensione umana”, che è quanto a lui più

interessa, “l’«autoedificazione di ciascuno»”, una dimensione della laicità in chiave personale, che consentirebbe di rispettare il monismo delle Chiese e di volgere verso “un «pluralismo critico»: «dialettico»”, e “un più sentito «coinvolgimento dei soggetti nella vicenda comunitaria generale”». È in questa prospettiva che Bellini parla, più che di pluralismo, “di una «pluralità di monismi»” ammettendo che, a cominciare dall’idea di laicità, vi è una contrapposizione irriducibile tra le varie monadi sul piano ideologico, per cui occorre rinvenire “criteri sostantivi univoci” validi per tutti, senza alcuna remora religiosa, anche se ammette che è molto difficile che le grandi religioni possano aprirsi al pluralismo.

È inevitabile però che le diverse confessioni “ricerchino fra loro un *modus vivendi* ragionevole”, quanto meno tra le confessioni cristiane e monoteiste, che può essere consentito solo da una legge eticamente neutra.

La partecipazione di ciascuno alla comunità comporta un confronto tra “diverse ‘visioni antropologiche’...e diversi ‘codici umanistici’”. “L’«ideologia» diventa allora stimolo all’azione”, fiducia nelle capacità dell’uomo di agire moralmente.

Si chiude così il volume di Bellini che, come dice il titolo, è una discussione sull’idea di laicità. Spesse volte, leggendo il libro, alzavo gli occhi dalle pagine alla ricerca dell’amico che credevo accanto. Ero indubbiamente suggestionato dalla veemenza delle sue parole perché questo è il libro più personale di Piero Bellini, nel quale si ritrovano molte delle idee delle quali si è lungamente discusso. Nonostante questa sorta di abbandono, la lettura non è facile ma sofferta, intrisa di incidentali, di parentesi, di rinvii, a sottolineare la ricchezza di argomentazioni che affollano le sue idee. Gli sarei grato se nei prossimi volumi, che gli auguro di scrivere, volesse semplificare il suo discorso magari ponendo in nota, cosa che in parte ha cominciato già a fare, alcune considerazioni. Si agevolerebbe così non solo la lettura ma anche la comprensione di quanto dice.

Nessuno può dubitare che, nell’ambito della canonistica, Bellini sia uno dei pochi laici. Lo è nel rispetto di chi crede e delle confessioni, che personalizza; lo è da non credente ponendo l’uomo quale essere morale al centro della propria attenzione, a differenza di quanto molto spesso non fanno le grandi religioni. Da laico credente io, che pure condivido quasi tutto quanto Bellini scrive, sento di avere un minore affidamento nell’uomo, avendolo conosciuto, e un maggiore affidamento in Dio. Di fatto in Bellini il dover essere fa agio sull’essere, come avviene per tutti i veri intellettuali.

Mario Tedeschi

Chiara Corbo, *Paupertas. La legislazione tardoantica*, Satura editrice, Napoli, 2006, pp. 1-240

Il fenomeno della povertà, in una società dominata da poteri forti che impongono modelli di successo, di ricchezza, di salute, appare una tematica “scomoda” in quanto rappresenta la negazione e la sconfitta di quei valori di rilevanza economica e sociale che si intendono, al contrario, affermare.

Inevitabilmente, il tema della povertà si intreccia con quello dell’emarginazione: se da un lato lo *status* di povero può essere considerato come una condizione subita a causa dell’ingiustizia del sistema politico-sociale, dall’altro è talvolta percepito come il risultato di un’incapacità personale o di un fallimento individuale che rischia di

contrastare la società favorendo persino fenomeni di devianza sociale.

In altri casi, tuttavia, il fenomeno del pauperismo può rappresentare, al contrario, il frutto di una libera scelta, motivata da ragioni di carattere spirituale o ideologico.

Il concetto di povero e di povertà acquista, pertanto, connotazioni diverse e addirittura definizioni e terminologie difficilmente riconducibili a configurazioni unitarie, in relazione ai diversi contesti socio-culturali presi in esame.

Il percorso di indagine proposto da Chiara Corbo sul tema della *paupertas* si incentra sull'analisi della documentazione giuridica tra il IV e il V secolo d.C. riguardante la specifica attenzione sotto il profilo assistenziale che alla categoria dei *pauperes* rivolge il potere imperiale.

L'analisi della legislazione tardoantica in merito alla *paupertas* consente all'A. di tracciare un nuovo orientamento caratterizzante i rapporti tra Chiesa e Stato che si sviluppa proprio a partire da questo periodo storico.

La ricerca prende avvio dall'analisi di due costituzioni attribuite a Costantino, raccolte nel Codice Teodosiano sotto la rubrica *De alimentis, quae inopes parentes de publico petere debent*, CTh. 11.27.1 e 2 – l'una destinata all'Italia, l'altra all'Africa – le quali contengono una serie di misure economiche a favore di genitori indigenti che, a causa della precarietà della loro condizione economica, possono essere indotti o ad uccidere i propri figli, o a alla loro vendita o dazione in pegno. Le due norme, seppur dettate anche dalla necessità di porre un freno al calo demografico, «evidenziano la volontà dell'imperatore di trovare un tempestivo rimedio a quelle situazioni di *extrema paupertas*, le quali suscitavano viva preoccupazione per i gravi effetti che ne potevano derivare» (p. 67). Le modalità di finanziamento di tali provvidenze, che prevedono l'elargizione diretta dalle casse imperiali e non più, come in precedenza, attraverso forme di credito fondiario, consente all'A. di registrare un profondo mutamento anche nelle finalità rispetto alle precedenti iniziative di carattere assistenziale. *Frumentationes, alimenta, collegia tenuiorum* erano provvedimenti di carattere prevalentemente politico più che solidaristico. Erano disposizioni sporadiche e contingenti ispirate dall'esigenza di prevenire disordini attraverso occasionali aiuti ai ceti meno abbienti, più che rappresentare un programma organico e sistematico di pubblica assistenza ai *pauperes*. Anche gli episodi di evergetismo privato, registrati a partire dai primi secoli dell'impero, erano espressione di ostentazione di munificenza, diversamente dall'evergetismo cristiano, motivato dalla solidarietà che ogni essere umano deve ai propri simili.

D'altro canto, attraverso l'analisi delle due costituzioni, l'A. evidenzia una chiara ispirazione etico-religiosa della normativa costantiniana, riconducibile al pensiero di Lattanzio a difesa della vita dei bambini. Tale *favor vitae* è testimoniato ulteriormente dal raffronto con altre due costituzioni di Costantino (CTh. 5.10.1 e CTh 5.9.1) che, nel disciplinare gli effetti della vendita e dell'esposizione degli infanti, esprimono implicitamente la prevalenza del bene della vita rispetto al *favor libertatis*: «la salvezza della vita del fanciullo viene considerata bene assoluto e prioritario, a prescindere dallo *status* (libertà o schiavitù) in cui egli si verrà a trovare» (p. 79).

Di particolare interesse, in una prospettiva anche ecclesiasticistica e canonistica, appaiono il capitolo II e III in cui si analizzano le disposizioni normative volte a definire lo statuto privilegiato del clero e della Chiesa cattolica. Dalla legislazione in tema di assistenza emerge non solo una nuova comprensione del *pauper*, sia da parte del potere imperiale sia da parte della Chiesa (p. 138), ma anche il processo di valorizzazione del ruolo specifico della Chiesa cattolica in sostegno dei bisognosi. Emerge un diverso orientamento politico che attraverso supporti giuridici accorda

protezione, benefici e immunità di vario genere alla Chiesa affinché essa possa svolgere la sua missione caritativa nel mondo «colmando i vuoti spesso lasciati dalla pubblica amministrazione» (p. 106) nel campo assistenziale.

Vengono esaminate innanzitutto tre costituzioni di Costantino, tratte dal libro XVI del Codice Teodosiano (CTh. 16.2.6, CTh. 16.2.3 e CTh. 16.2.2) concernenti le immunità dai *munera curialia* e *civilia* per i chierici e l'indicazione di regole precise per l'ammissione alla condizione clericale. Anche se l'obiettivo di fondo è costituito dall'esigenza di impedire la fuga indiscriminata dei curiali nel clero, al fine di sottrarsi ai *munera curialia* verso la società civile, viene delineata di fatto, soprattutto nella CTh. 16.2.6, una precisa distinzione tra *opulentes* e *pauperes*: mentre gli *opulentes* sono tenuti a mettere a disposizione della comunità civile le proprie ricchezze, i *pauperes* devono essere sostenuti dalle ricchezze della Chiesa. In tal modo la condizione di *pauper* acquista la valenza di una categoria specifica e propria. Pertanto, è favorita l'ordinazione sacerdotale solo di coloro i quali, in quanto *fortuna tenues*, sono esentati dai doveri verso la società civile, al fine di assolvere ai *ministeria religionis* loro affidati. Tuttavia è precisamente nell'interpretazione in senso ampio dei *ministeria religionis* che l'A. ravvisa la *ratio* ultima della politica costantiniana di favore per il clero cattolico. I doveri ecclesiastici e di culto si estendono fino a comprendere «ogni possibile intervento umanitario nella società»: in tal senso il chierico, cui viene riconosciuto uno *status* personale, e anche fiscale, privilegiato, non è considerato nella sua funzione esclusivamente culturale, ma in quanto assolve ad una vera e rilevante funzione sul piano etico-sociale.

In tale prospettiva, il rafforzamento delle risorse economiche e del patrimonio ecclesiastico – attraverso la restituzione dei beni confiscati e il riconoscimento alla Chiesa della capacità di acquisire lasciti *mortis causa* – diventa funzionale all'assolvimento di tale ruolo, sia spirituale che temporale, attribuito dalla politica imperiale alla missione caritativa della Chiesa.

A partire da Costantino, pertanto, si inaugura una politica imperiale di assistenza ai bisognosi in “cooperazione” con la Chiesa cattolica che verrà seguita dagli imperatori successivi: le *ecclesiarum divitiae* sono finalizzate all'obbligo di *pauperes sustentare* (CTh. 16.2.6). Tale destinazione assegnata ai beni della Chiesa appare risentire dell'influsso del pensiero degli stessi Padri della Chiesa e, in particolare di Ambrogio per il quale i beni della Chiesa sono totalmente beni dei poveri. Anche le stesse distribuzioni di grano disposte a favore del clero, ricordate da storici ecclesiastici quali Sozomeno, Socrate e Teodoreto, appaiono inserirsi, secondo l'A., nel solco di tale politica a favore degli indigenti per il tramite delle strutture ecclesiastiche. Così pure la serie di costituzioni emanate da Costanzo e Valente in tema di *clerici negotiatores* appaiono ispirate al medesimo orientamento politico adottato dal primo imperatore cristiano nel campo dell'assistenza ai *pauperes*. Secondo quanto affermato dai Padri della Chiesa, in particolare da Gerolamo e Agostino, l'attività commerciale svolta dai chierici – che sembra essere stata frequente all'epoca, date le numerose leggi in materia (CTh. 16.2.10; 16.2.14; 16.2.11; 16.2.15; 13.1.5) – non poteva costituire una fonte di arricchimento, ma doveva essere finalizzata a garantire il proprio sufficiente sostentamento: gli eventuali guadagni dovevano essere devoluti a beneficio dei poveri. In tale ottica, l'esenzione dall'applicazione delle imposte previste, e in particolare della *collatio lustralis* disposta a favore delle attività commerciali svolte dai chierici, era giustificata, a parere dell'A., dalla finalità di sostenere quelle attività assistenziali che, per missione evangelica e per impegno sociale, il clero cattolico era tenuto ad assolvere.

A completamento e sostegno della tesi prospettata, vengono analizzate nel capitolo III una serie di disposizioni imperiali dalle quali, a parere dell'A., traspare l'intento di realizzare «una vera e propria pianificazione dell'assistenza pubblica, con la specificazione dei compiti attribuiti a tutte le componenti, laiche ed ecclesiastiche, della società» (p. 158). L'attenzione si incentra più specificamente sulla figura del vescovo e dei suoi collaboratori ai quali è affidata la gestione dell'assistenza ai bisognosi. Il vescovo, in quanto sommo pastore della chiesa locale, si pone spesso quale intermediario delle esigenze delle classi economicamente disagiate e il potere imperiale. Indicative appaiono al riguardo la costituzione C. 1.3.28 emanata dall'imperatore Leone in tema di mediazione prestata dall'*episcopus* nell'opera di riscatto dei prigionieri; la costituzione CTh. 15.8.2 di Teodosio II concernente l'attività riconosciuta all'*episcopus* in soccorso alle fanciulle indotte alla prostituzione dal padre o padrone; le costituzioni C. 1.3.24 e 1.2.13 di Marciano dirette a favorire la fondazione di istituti di beneficenza addetti all'accoglienza, al soccorso, alla cura degli emarginati (ospizi e ospedali); la costituzione CTh. 14.8.1 che prevede l'utilizzo delle entrate ecclesiastiche a sostegno degli indigenti e mendicanti ad eccezione dei mendichi non affetti da alcuna forma di malattia, e dunque abili al lavoro, nei confronti dei quali sono previste solo forme di generosità evangelica; le costituzioni CTh. 1.27.1 e 2 riguardanti l'attività giurisdizionale del vescovo prestata nell'*episcopalibus audientia*.

Infine, è analizzata la costituzione di Marciano, CI. 1.2.12, del 451 d.C., con la quale si attribuisce *perpetuam firmitatem* alle elargizioni *sacrosanctis ecclesiis*. Ancora una volta vengono rinnovati, addirittura con valore perpetuo, i privilegi già precedentemente concessi alla Chiesa affinché possa provvedere a sostenere i bisognosi. Ma come indicato specificamente nella costituzione dove compare il riferimento al concetto giuridico di *humanitas* imperiale, tale impegno, assicurato indirettamente attraverso le strutture ecclesiastiche, risponde ad un preciso dovere di solidarietà delle istituzioni pubbliche a favore dei disagiati e degli indigenti. Emerge, in tale prospettiva, una diversa concezione della funzione pubblica. Alla metà del V secolo, oramai, l'assistenza *erga pauperes* non è più frutto di un mero atteggiamento benevolo e discrezionale dell'imperatore, ma un'esigenza precipua e ineludibile dell'azione politica nel campo sociale.

La lettura sistematica delle fonti giuridiche del IV e V secolo d.C. riguardanti la *paupertas* offre, pertanto, una chiave ricostruttiva originale e interessante dei rapporti tra potere secolare e Chiesa cattolica nel tardo impero. L'indagine svolta dall'A. evidenzia in modo coerente, documentato ed efficace la progressiva incisività dell'azione imperiale nel campo dell'assistenza ai bisognosi a partire da Costantino, primo imperatore cristiano, fino alla caduta dell'Impero romano d'Occidente. Il filo rosso costituito dall'attenzione sempre più consapevole e pregnante alla *paupertas* rappresenta, peraltro, lo sfondo che tratteggia storicamente il progressivo affermarsi di un preciso ruolo di cui la Chiesa viene investita dal potere imperiale nel contesto della vita civile e sociale del tardo impero, tanto da acquisire dal potere temporale una vera e propria delega nel campo assistenziale. Si potrebbe affermare che vengono delineate le radici storiche di quel concetto di *sussidiarietà* che verrà teorizzato in maniera più compiuta nei secoli successivi e che ispira, quale principio cardine, la dottrina sociale della Chiesa cattolica.

Nondimeno, tale politica assistenziale del potere imperiale si sostanzia nel riconoscimento di una serie di privilegi giuridici ed economici alla Chiesa e al clero cattolico rispetto ad altre realtà – magari ispirate da un medesimo spirito di carità cristiana, ma considerate non ortodosse dal punto di vista dottrinario – che in linea teorica

avrebbero potuto assolvere egualmente a quella funzione solidaristica che appare all'A. affermarsi come finalità propria dell'azione politica. Viene a delinarsi, in tal modo, la valorizzazione della Chiesa-istituzione e dell'autorità ecclesiastica.

D'altro canto, le problematiche connesse al tema della povertà hanno contrassegnato l'intera vita della Chiesa cattolica, dando origine spesso a correnti ereticali, scismatiche o comunque a movimenti di riforma delle istituzioni ecclesiali. La *quaestio* della povertà e dei poveri nella Chiesa si è spesso intrecciata con le controversie sulla povertà della Chiesa. L'ambivalenza della *paupertas* dal punto di vista teologico – intesa da un lato quale virtù spirituale, ad imitazione di Cristo, dall'altro quale oggetto dell'azione caritativa nella missione evangelica affidata da Cristo stesso ai cristiani – ha alimentato non solo dispute ecclesologiche, ma anche e soprattutto canonistiche in merito ai beni temporali in proprietà della Chiesa, e dunque al patrimonio ecclesiastico, e ancor più in merito all'obbligo giuridico, in ambito religioso, in capo ad ogni fedele di soccorrere i poveri con i propri redditi in virtù di uno spirito di carità e di un dovere di giustizia.

La linea di ricerca della Corbo risulta, in tale prospettiva, particolarmente interessante anche per gli studiosi di diritto ecclesiastico e canonico, sollecitando riflessioni e percorsi di indagine non ancora sufficientemente esplorati nelle loro molteplici implicazioni, per cui merita di essere presa in considerazione anche al di là degli studi sul tardo antico.

Maria d'Arienzo

Card. Angelo Sodano, *Il lievito del Vangelo. La presenza della Santa Sede nella vita dei popoli*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2006, pp. 138.

1. Un recente libro di Angelo Sodano, già Segretario di Stato della Santa Sede, offre lo spunto per affrontare una problematica di grande interesse, ossia il significato della presenza attuale della Santa Sede nella vita dei popoli, espressione che fa appunto da sottotitolo al volume edito per i tipi della Libreria Editrice Vaticana.

Angelo Sodano, nel presente lavoro, ha raccolto alcuni dei suoi più significati discorsi, tenuti tra il 1992 e il 2004, nell'ambito di eventi nazionali e internazionali, durante i quindici anni di servizio come Segretario di Stato di Giovanni Paolo II.

Proprio per il ruolo istituzionale che ha rivestito il cardinale Sodano, il lavoro assume una particolare importanza. Infatti, fino alla *Regimini Ecclesiae Universae* del 1967, la Segreteria di Stato costituiva un ufficio ed era denominata Segreteria del Papa. Con la riforma della Curia romana, voluta da Wojtila nel 1988, la Segreteria di Stato è attualmente suddivisa in due sezioni: Affari generali (*Prior Sectio*) e Rapporti con gli Stati (*Sectio Altera*), assorbendo il Consiglio per gli Affari pubblici della Chiesa, istituito nel 1967.

Pertanto, la Segreteria di Stato, giuridicamente parificata agli altri dicasteri (art. 2, § 1 PB), si dispone attualmente come organismo competente in ordine all'attività internazionale della Santa Sede, mentre il ruolo del cardinale Segretario di Stato, il quale presiede il dicastero, si esercita *ad nutum Summi Pontifici*. Proprio per questo, il lavoro di Angelo Sodano, in ragione della prospettiva privilegiata dell'Autore, è particolarmente utile per comprendere l'importanza della presenza della Santa Sede nei numerosi ambiti dell'attività internazionale.

Il libro, tuttavia, non è organizzato, né vuole esserlo, in forma sistematica, racco-

gliendo dodici interventi scelti dall'Autore, i quali corrispondono, necessariamente, soltanto ad alcuni momenti dell'attività diplomatica della Chiesa Cattolica nel mondo.

Il lavoro, comunque, pur non avendo una sua organicità, offre una propria interpretazione dell'attuale ruolo della Santa Sede nell'ambito della Comunità internazionale e quale la sua importanza nel contesto degli Stati.

2. Sodano, pur cosciente della continuità dell'opera della Santa Sede durante i secoli, non può non sottolineare come la presenza e l'azione della Sede Apostolica abbiano raggiunto durante il pontificato di Giovanni Paolo II una multilateralità mai raggiunta prima, legata sia alla dinamicità di Papa Wojtyła, ma anche alla «*globalizzazione del mondo [...] che offre alla Chiesa nuove opportunità d'azione*» (I, p. 11).

Infatti, il cardinal Sodano registra come, sotto il pontificato di Giovanni Paolo II, si sia intensificata la presenza dei rappresentanti pontifici presso le organizzazioni internazionali, così come si sia potenziata, in modo particolare, l'opera della Missione pontificia presso l'ONU a New York, nonché presso le istituzioni specializzate delle Nazioni Unite, a Ginevra e a Vienna specificamente. Anche presso le altre organizzazioni intergovernative di settore la Santa Sede ha assicurato la sua partecipazione (a Parigi presso l'UNESCO e a Roma presso la FAO). Lo stesso è avvenuto per le organizzazioni continentali e, in specie, per la presenza della Santa Sede presso le Istituzioni europee: presso l'Unione europea a Bruxelles, presso il Consiglio d'Europa a Strasburgo, presso l'OSCE a Vienna.

L'impegno della Chiesa nella Comunità internazionale ha, tuttavia, radici lontane e, come è noto, comincia ad essere significativo durante il secondo conflitto mondiale, sotto il pontificato di Pio XII, il quale nel radiomessaggio natalizio del 24 dicembre 1941 disegna le direttrici di un nuovo ordine internazionale, adeguato alle istanze imperative proprie della missione della Chiesa.

Papa Pacelli è colui che sviluppa la dottrina cattolica sulle relazioni internazionali e traccia il ruolo della Santa Sede nella comunità dei popoli, ma non ritiene opportuno che la Chiesa aderisca a «*umani consorzi*» o assuma impegni che la sottoporrebbero alle giurisdizioni terrene.

Peraltro, con il Trattato del Laterano erano state superate le obiezioni di chi contestava la sovranità internazionale della Santa Sede e non vi era più, pertanto, la necessità di rivendicare il diritto ad una presenza a pieno titolo nella realtà internazionale.

Di conseguenza, nel periodo postbellico e durante la guerra fredda, il magistero tende a sottolineare la sopranazionalità della Chiesa, non in un ottica di estraneità alla vita delle nazioni, bensì come scelta di libertà e di testimonianza. Nel dopoguerra in particolare, Pio XII si mostra soprattutto interessato alla costituzione di organismi internazionali e alla eventuale partecipazione della Santa Sede ad essi, argomento centrale del suo magistero fin dagli esordi. Il suo insegnamento quanto alla missione della Chiesa, sottolinea particolarmente, oltre alla natura sovranazionale di essa, la nota della cattolicità, da intendersi come universalità, che le impedisce di assoggettarsi ad alcuna collettività etnica o gruppo sociale. Pacelli tenta di affermare il ruolo della Chiesa quale educatrice sapiente dei popoli, nonché il suo operare pedagogicamente nel cuore della società umana tale da generare una «*civiltà cristiana*» che, in certo qual modo, spostava l'accento nei rapporti con le realtà temporali relazionandosi meno con le istituzioni (stato e società civile) e molto più con l'uomo, vero protagonista della cristianizzazione della dimensione temporale e sociale.

Proprio in conseguenza di tale opzione, la Santa Sede, negli anni del dopoguerra, cerca di promuovere un nuovo modello di comunità internazionale, più conforme

al modello elaborato in sede magisteriale, limitandosi ad una presenza indiretta nel consesso delle nazioni, oppure assicurando la sua presenza nelle Organizzazioni internazionali governative.

Con il pontificato di Giovanni XXIII e con il Concilio Vaticano II si nota il progressivo impegno della Santa Sede secondo una linea di pensiero che, superando l'antica rivendicazione del diritto di presenza, afferma il dovere di partecipazione della Chiesa nella comunità internazionale. Tale impegno è accompagnato dal costante tentativo di riconsiderare l'ordinamento internazionale oltre l'espressione tradizionale di comunità interstatuale.

Con Paolo VI e, soprattutto con Giovanni Paolo II, si impone un elemento di novità, ossia l'adesione della Santa Sede ad Organizzazioni internazionali e a convenzioni multilaterali, partecipando essa stessa produzione delle norme di diritto internazionale al pari degli altri Stati.

Tale oggettivo cambiamento si è potuto cogliere, in maniera manifesta, nella partecipazione della Santa Sede alla firma dell'Atto finale della Conferenza sulla Sicurezza e sulla Cooperazione in Europa, firmato ad Helsinki nel 1975. Proprio questo Accordo offre il significato nuovo della presenza della Santa Sede nell'odierna vita internazionale – che l'illustre Autore cerca di indagare – qualificata non solo dalla rivendicazione della propria libertà, ma anche dall'affermazione dei diritti umani, dal perseguimento della pace tra i popoli e dal principio della giustizia come strumento di garanzia delle relazioni internazionali (Paolo VI, ONU 1965).

3. Quale è dunque, secondo l'Autore, il significato odierno della presenza della Santa Sede nella vita internazionale e, più specificamente, quali ne sono i moventi remoti, le caratteristiche qualificanti rispetto ad ogni altra istituzione statale o internazionale e le precipue finalità.

L'immagine che viene proposta è quella del lievito della nota parabola evangelica (Mt 13,33), che viene paragonato al Regno dei cieli. La donna, intenta ad immettere il lievito è, a detta dell'Autore, la Chiesa di Cristo, *«che svolge la sua azione trasformatrice attraverso i suoi uomini e le sue istituzioni, in primo luogo, attraverso il lavoro su scala mondiale della Santa Sede»* (Introduzione, VI).

Angelo Sodano, peraltro, indica anche un metodo da seguire della presenza della Chiesa nel mondo, ossia la linea della discrezione, ad imitazione prima della prassi di intervento di Dio nella storia umana e, in seguito, di Cristo, il quale non si è rivelato di colpo, con una manifestazione accecante, ma a poco a poco a coloro che avevo occhi per vedere ed orecchi per intendere (cfr. Introduzione, VIII). Tale modalità di intervento che spinge la Chiesa ad operare nel mondo deve essere, comunque, capillare, costante e metodica, finché tutta la realtà umana sia fermentata dal messaggio evangelico. Sotto questo profilo, appare significativo l'inserimento, nel volume, del discorso tenuto da Sodano per commemorare il cardinale Agostino Casaroli, suo predecessore alla segreteria di Stato, ispiratore e fautore esemplare della *Ostpolitik* sotto il pontificato di Paolo VI. Infatti, come rammenta l'Autore, se *«Casaroli fu l'uomo del dialogo con Governi e organismi internazionali per promuovere[...] la libertà dei popoli, come pure per contribuire alla pace e la riconciliazione internazionale»* (IV, 65), egli fu soprattutto *«l'uomo del dialogo paziente e tenace con i Governi dell'est europeo e dei Balcani»* (ivi), allo scopo di salvaguardare le comunità cattoliche di quei paesi, ritagliandogli faticosamente un margine di libertà religiosa. L'Autore non tace la disapprovazione che tale politica ecclesiale subì, poiché la linea del dialogo appariva un implicito riconoscimento dei Governi comunisti. Tuttavia, ne apprezza la lungimirante visione, nella convinzione che la politica del compromesso fosse l'unica

allora possibile, nonché la assoluta fedeltà del Casaroli allorquando papa Wojtyła, pur confermandolo come Segretario di Stato, prende atto che l'Europa non può accettare la divisione di Yalta come dato imm modificabile. Pertanto, se ora *La Chiesa del silenzio* aveva una voce autorevole attraverso cui esprimersi, l'ininterrotto dialogo con le istituzioni governative si propone come elemento di continuità con la *Ostpolitik*, che Giovanni Paolo II seppe integrare con la propria innovativa concezione delle relazioni internazionali.

Alla luce della parabola evangelica, l'Autore indica altresì il fondamento dell'opera della Santa Sede in campo internazionale nel mandato missionario universale (Mc 28,19): la Chiesa, infatti, intende annunciare e attualizzare il Vangelo nella complessa rete delle relazioni sociali, non soltanto raggiungendo l'uomo nella società, ma fecondando e fermentando la società stessa con il Vangelo (cfr. *Gaudium et Spes*, 4). Infatti, la Chiesa deve farsi carico del compito di annuncio che le è stato affidato da Cristo, e non può percorrere altra via, soprattutto in un'epoca come la nostra caratterizzata da una crescente interdipendenza e da una mondializzazione delle questioni sociali.

Il tema dell'annuncio appare centrale nella riflessione di Angelo Sodano. Infatti, l'azione della Chiesa nel sociale (e quindi anche nella Comunità internazionale) non viene considerata di carattere marginale, ossia da affiancare alla sua missione, bensì diventa parte integrante della sua ministerialità.

Tale mandato procede non soltanto dall'annuncio, ma anche dalla testimonianza che, in termini giuridici, si manifesta nel diritto-dovere della Chiesa di incidere sulla società e sulle sue strutture, secondo la competenza sua propria, la quale, pur non essendo di ordine politico, economico o sociale, non può rimanere circoscritta all'ambito strettamente ecclesiale e spirituale. La Chiesa, difatti, attinge la sua competenza al Vangelo, che indica all'uomo il cammino della sua liberazione e, come tale, valuta la conformità dei comportamenti del credente, il quale deve aderire con tutto il proprio vissuto e secondo le sue responsabilità ai suoi insegnamenti, poiché la Chiesa ha il diritto di essere maestra di verità, non solo nella fede, ma anche nella morale, che scaturisce dalla stessa natura umana (cf. *Dignitatis Humanae*, 14).

L'Autore spiega, poi, come tale mandato sia stato affidato da Cristo agli apostoli e ai loro successori e, in particolare, al successore di Pietro, il quale, in quanto Pastore universale, deve annunciare il vangelo di Cristo fino agli estremi confini della terra. Appunto per questo, l'ottica apostolica è la sola che può permettere di afferrare le alte finalità della presenza della Santa Sede in campo internazionale (I, 6). Pertanto, da un lato l'autore sottolinea la legittimità dell'opera della Santa Sede, ribattendo a coloro che sostengono la necessità di una Chiesa come istituzione meramente spirituale, senza altro legame con il mondo moderno che non sia quello missionario, dell'annuncio della parola, della denuncia delle ingiustizie dei regimi autoritari; dall'altro precisa che il lavoro pastorale dei Romani Pontefici viene svolto in collaborazione con le strutture della Curia romana, le Rappresentanze pontificie e gli altri Organismi che operano presso la Santa Sede. Infatti, Sodano, tiene a precisare, in maniera significativa, che la Chiesa non è soltanto comunità di salvezza (I, 7), ma anche (e soprattutto) istituzione di salvezza. In questo senso, lo stesso Concilio Vaticano II, concepisce la Chiesa come realtà di comunione (koinonia) e come realtà di servizio (diaconia) (*Gaudium et Spes*, 3). Tale linguaggio teologico, tradotto in termini giuridici, vuole significare che la Chiesa, in quanto istituzione, deve poter servirsi di strutture ordinate per raggiungere i suoi fini. Un ruolo centrale, sotto questo profilo, dedica Sodano al fenomeno delle Rappresentanze pontificie, che ritiene autentici strumenti di comunione, in grado di dare sostegno all'opera evangelizzatrice delle Chiese particolari e, soprattutto, nella

nostra ottica, capaci di mantenere un dialogo costante con le autorità civili, «*dando a Cesare ciò che è di Cesare e chiedendo che si dia a Dio ciò che è di Dio*» (I, 9). La Chiesa ricorre, quindi, a quegli strumenti giuridici che risultano essenziali o adeguati all'adempimento del suo mandato.

Il servizio diplomatico è strumento che, quindi, deve, essere visto, secondo il pensiero dell'Autore, in quest'ottica apostolica, il quale richiama, in proposito, quanto promulgato da Paolo VI, il quale, nella *Sollecitudo omnium Ecclesiarum*, nel riaffermare il contributo dei legati pontifici presso gli Stati, specifica che Chiesa e Stato, «*pur avendo due ordini diversi di finalità, agiscono a beneficio di un soggetto comune, l'uomo, da Dio chiamato alla salvezza eterna...*» (AAS 61 (1969) 476).

Sodano, pertanto, replicando a coloro che reputavano inopportuna la sopravvivenza delle rappresentanze pontificie dopo il Concilio Vaticano II, rammenta che il servizio diplomatico della Santa Sede opera non solo per garantire la *libertas Ecclesiae*, ma anche per cooperare con gli Stati per il bene comune della società, promuovendo la difesa e la promozione della dignità umana, nonché un ordine sociale basato sulla giustizia. Infatti, se è indubbio che il fine ultimo della Chiesa non è d'ordine politico o sociale ma ultramondano, tuttavia è altrettanto incontestabile che essa è destinata agli uomini che vivono in una determinata realtà storica e hanno bisogno di essere illuminati e accompagnati da quel complesso di verità religiose e spirituali di cui la Chiesa è depositaria.

A questo fine tende l'attività internazionale della Santa Sede, attraverso la sua diplomazia e l'uso di tutte quelle forme di dinamismo create dal mondo contemporaneo per tentare di risolvere i gravi problemi della società umana.

Pertanto, la Chiesa, con il suo insegnamento intende attualizzare il Vangelo nell'ambito delle relazioni sociali, cristianizzando la società nei suoi assetti strutturali, ossia nelle sue dimensioni politiche, economiche, giuridiche e culturali (cf. *Gaudium et Spes*, 40). Sotto questo profilo, il movente principale dell'azione della Chiesa e, per essa, della Santa Sede, anche nel campo internazionale, si ritrova nel principio di non indifferenza, ossia nel realizzare che la società non costituisce un ambito meramente secolare e perciò estraneo all'economia di salvezza. L'Autore esprime in maniera chiara tale concezione quando ricorda la partecipazione della Santa Sede alle grandi conferenze internazionali volute dall'ONU. Sodano rammenta che la Santa Sede non poteva prendere in considerazione «*l'idea di adottare la politica della "sedia vuota"*» (I, 12), in quanto è doveroso per la Chiesa seguire «*la via della presenza costruttrice, anche a costo di mille sacrifici...*» (I, 14). In questo modo, «*la Santa Sede ha potuto agire dal di dentro, come il classico lievito della donna del Vangelo*» (I, 12).

La presenza costante della Santa Sede in seno agli organismi internazionali o attraverso la sottoscrizione di trattati multilaterali mostra in maniera evidente l'interesse dalla Chiesa cattolica alla riformulazione del diritto internazionale (alla cui formazione ha scarsamente o affatto contribuito) attraverso il superamento del «modello di Westfalia», fondato su basi contrarie ai postulati di un ordine giuridico giusto. La Santa Sede, in breve, non può accettare una concezione del diritto del tutto contraria ai capisaldi del magistero ecclesiastico e qualificata dall'idea della forza quale fonte di legittimazione e strumento di potenza. Di fatti, un ordinamento internazionale che, sulla base del principio di effettività, tende ad evocare il diritto del più forte, contraddice lo statuto ontologico dell'uomo e, quindi, costituisce la negazione di un vivere giuridico organizzato, in quanto ordine di giustizia.

Il sistema dell'O.N.U., invece, rifiuta la forza come elemento cogente delle relazioni internazionali, mentre assume quali principi fondamentali della comunità interna-

zionale – come ricorda lo stesso Autore nel suo intervento alla Riunione dei Capi di Stato e di Governo indetta dalle Nazioni Unite per celebrare il nuovo millennio – il mantenimento della pace nel mondo, la promozione dello sviluppo, il rispetto dei diritti umani e l'eguaglianza tra gli Stati. Attorno a tali principi si è venuta sviluppando una consistente normativa internazionale la quale, in molti casi, si avvicina agli insegnamenti del magistero ecclesiastico, soprattutto degli ultimi pontefici.

Ciò nonostante, il beneplacito della Santa Sede al sistema delle Nazioni Unite, come osserva Sodano, non sempre ha significato incondizionato appoggio alle sue scelte, massime quando l'ONU ha avallato modelli in contrasto con gli insegnamenti della Chiesa, non mancando, pertanto, in alcuni casi, di «*richiamare l'ONU alla sua vocazione originaria, salvandone in un certo senso l'identità di organizzazione di popoli uniti nel riconoscere i diritti fondamentali dell'uomo*» (I, 15).

4. L'Autore, pur testimoniando con il suo lavoro, la partecipazione significativa della Santa Sede all'evoluzione dell'esperienza internazionalistica, non manca di rilevare il divario tra l'attuale assetto giuridico della comunità internazionale, concepito come espressione di una comunità interstatale, e le esigenze proprie della Chiesa, quale società che detiene un'autorità di natura spirituale.

Sotto questo profilo, se da un lato vi sono profili di attinenza che permettono di approssimare la Santa Sede alle società a fini politici, dall'altro non è possibile assimilare la sua presenza nella comunità internazionale a quella degli Stati.

Sodano rammenta che «*la Comunità internazionale riconosce come Ente sovrano la Santa Sede, intesa come ufficio del Romano Pontefice per il Governo della Chiesa*», aggiungendo: «*il diritto ha preso atto del fatto che la Santa Sede si pone all'interno dell'ordinamento internazionale e ha constatato la sua capacità di farlo...*» (II, 24). D'altronde la soggettività giuridica internazionale della Santa Sede, quale autorità sovrana capace di realizzare atti giuridicamente propri, si manifesta e si è manifestata oggettivamente sotto diversi aspetti, tra cui, come ricorda l'Autore, l'intervento nelle procedure che il diritto internazionale classico prevede per la soluzione pacifica delle controversie.

Tuttavia, la natura specifica della Santa Sede fa emergere le caratteristiche peculiari rispetto ad ogni altra istituzione statale, tali da assicurarle una presenza del tutto singolare nel concerto delle nazioni.

La Santa Sede, chiarisce l'Autore, ha una triplice natura: religiosa, che la porta a sottolineare il primato della pace e la necessità della ricerca di mezzi pacifici per la soluzione delle controversie internazionali; universale, che la induce a seguire con preoccupazione le situazioni critiche in ogni parte del mondo; umanitaria, che la persuade a rimarcare la necessità di prendere tutte le misure adeguate, affinché le popolazioni civili non soffrano a causa delle decisioni adottate per risolvere le crisi (II, 28). Pertanto, secondo Sodano, soltanto la comprensione della autentica natura della Santa Sede può fornire elementi chiarificatori circa le *ragioni dell'attività della Sede Apostolica e la reale comprensione della sua presenza internazionale*.

In questo contesto, la partecipazione attiva della Santa Sede alla vita della comunità internazionale ha, nella maggior parte, carattere consultivo, proprio per mettere in risalto l'esigenza di mantenere distinte le ragioni dell'impegno della Chiesa rispetto a quelle degli Stati.

La natura di soggetto *sui generis* in ambito internazionale non impedisce, però, alla Santa Sede di sentirsi veramente parte viva ed attiva della famiglia umana e di esercitare una notevole influenza sul piano internazionale, nonostante la sua missione sia di carattere morale.

Giova ricordare, sul punto, che il Vaticano II rivendica esplicitamente la legittimità e la necessità della presenza della Chiesa nella Comunità internazionale «per risvegliare ed incitare gli uomini alla cooperazione vicendevole» e per contribuire a «rafforzare la pace in ogni parte del mondo», «ponendo la conoscenza della legge divina e naturale a solido fondamento della solidarietà fraterna fra gli uomini e le Nazioni» (*Gaudium et Spes*, 89).

In ogni caso, la Chiesa del Vaticano II continua ad auspicare una «autorità internazionale competente munita di forze efficaci» sottolineando l'esigenza che «venga istituita un'autorità pubblica universale, da tutti riconosciuta, la quale sia dotata di efficace potere per garantire a tutti i popoli la sicurezza, l'osservanza della giustizia e il rispetto dei diritti» (*Gaudium et Spes*, 89).

Nel magistero pontificio, infatti, è frequente l'idea che debba darsi luogo alla costituzione di un supremo organismo internazionale che, ispirato ai principi di giustizia, possa reggere la *communitas gentium* realizzando giuridicamente l'unità della famiglia umana e la solidarietà fra i popoli.

Il Vaticano II riprende questi motivi osservando che si è ancora lontani dalla realizzazione di un simile ordinamento giuridico internazionale, ma riconoscendo che «le istituzioni internazionali già esistenti, sia mondiali che regionali, hanno certo ben meritato del genere umano» e «rappresentano i primi sforzi per gettare le fondamenta internazionali di tutta la comunità umana, al fine di risolvere le più gravi questioni del nostro tempo» (*Gaudium et Spes*, 84); ed è perciò che la Chiesa le favorisce e le incoraggia.

Nell'impostazione conciliare le Organizzazioni Internazionali, ivi compresa l'ONU, debbono ispirarsi e tendere, come gli Stati e come ogni altra forma di istituzionalizzazione della comunità politica, al conseguimento del bene comune. Da ciò discende la ferma condanna di tutte quelle situazioni e pratiche come la guerra, il genocidio, le deportazioni, il razzismo, il nazionalismo esasperato, che contrastano con il perseguimento del bene comune e quindi anche con i principi del diritto naturale. In proposito, l'Autore, nell'intervento all'O.S.C.E. del 18 novembre 1999, ricorda la necessità, da parte dell'ordinamento internazionale, del «*riconoscimento di una legge naturale, regolatrice di tutti i rapporti tra gli uomini, anteriore ad ogni legge positiva dei singoli Stati*», tale da costituire «*una grammatica comune a tutti i responsabili della sorte popoli*» (X, 115-116).

Pertanto, il cardinale Sodano ritiene che il magistero pontificio, pur apprezzando l'attuale organizzazione della comunità internazionale, mira a considerare l'interdipendenza tra uomini e nazioni secondo una dimensione morale. In tale contesto, si auspica un superamento dell'attuale sistema, con lo scopo di conseguire un grado superiore di ordinamento internazionale.

Giovanni Paolo II, rileva l'Autore, ampliando i contenuti delle intuizioni di Montini, sottolinea la necessità che la comunità internazionale organizzi la sua vita su inderogabili norme etiche. Soltanto in questo modo potrà essere preservata una convivenza pacifica e giusta tra i popoli e, in conseguenza di ciò, la dignità dell'uomo, creato ad immagine e somiglianza del suo Creatore. Di conseguenza, per realizzare un'autentica comunità internazionale, bisogna certamente auspicare che la convivenza tra le Nazioni sia fondata sui valori di verità, giustizia, solidarietà e libertà, ma occorre anche – come afferma Giovanni Paolo II nel discorso all'O.N.U. del 1995 – che la legge morale universale venga considerata effettiva e inderogabile. In altre parole, la Santa Sede ambisce a che l'ordinamento giuridico sia in armonia con l'ordine morale, con il proponimento di una rielaborazione in chiave moderna dello *jus gentium*

christianorum, in nome del quale il pontefice pronunciava arbitrati e promuoveva la pace, all'epoca della *Res Publica Christiana*.

Una riflessione giuridica e teologica fondata sul diritto naturale dimostra, in proposito, l'esistenza di principi universali che sono anteriori e superiori al diritto interno degli Stati. Ciò evidenzia, da un lato l'attenzione della Santa Sede verso il ruolo crescente delle Organizzazioni Internazionali non governative, dall'altro l'impegno per la protezione dei diritti dei singoli e dei popoli, in un'ottica di progressiva trasformazione del concetto di sovranità statale in sovranità nazionale, la quale ultima nella sua dimensione culturale è espressione della sovranità spirituale di un popolo. Sodano ricorda come il più recente magistero pontificio abbia approfondito la necessità del dovere di rispettare tanto i *Menschenrechte*, come i *Völkerrechte* (XI, 122), nonché la mancanza, in merito, di un accordo internazionale che affronti in modo adeguato i diritti delle Nazioni.

La Santa Sede, in ultima istanza, prende atto che l'attuale sistema delle Nazioni Unite, non rappresenta la Comunità internazionale stessa, non è cioè la *communitas gentium*, bensì soltanto l'organismo concreto che, appunto per la sua vocazione universale, realizza nella maggior misura, nell'attuale momento storico, l'esigenza comunitaria, ponendosi di fronte alla *communitas gentium* come il concreto di fronte all'astratto.

Pertanto, se la Chiesa ha messo in rilievo l'esigenza di istituire un'autorità pubblica universale per garantire a tutti la sicurezza, l'osservanza della giustizia e il rispetto dei diritti (*Gaudium et Spes*, 82), la Santa Sede ha dimostrato sempre anche un profondo senso di realismo e di consapevolezza dei suoi limiti intrinseci.

Il Magistero pontificio, pertanto, se è cosciente che, allo stato, la costruzione di tale autorità non può realizzarsi se non nel quadro della *institutio internationalis*, indica comunque un paradigma alternativo, ossia quello cristiano della *communio*, quale supremo modello di unità.

Comunque, nel tracciare la figura ideale dell'istituzione internazionale, la Santa Sede si è dilungata, come visto, di più sugli aspetti sostanziali che l'organizzazione deve prefiggersi e meno invece sulle forme tecnico-giuridiche necessarie per la realizzazione concreta di esso. Il programma di fondo, infatti, ha naturalmente una sua validità permanente; le forme giuridiche, al contrario, come sempre, sono suscettibili di modificazioni.

5. Pertanto, se il fondamento dell'azione della Santa Sede risiede nel mandato missionario universale, che comporta una continua opera di annuncio e testimonianza, si deve concludere che anche l'attuale dottrina politica internazionale della Santa Sede è parte integrante del ministero di evangelizzazione, in quanto con la sua attività si propone il bene comune dell'intera famiglia umana, dal momento che la Chiesa, fedele alla sua natura, adempie il suo compito di restaurare e testimoniare l'unità del genere umano.

Giovanni XXIII, nella *Pacem in Terris*, già aveva anticipato che l'unità della famiglia umana non ha carattere metastorico né utopico, poiché è sempre esistita in ogni tempo e trova la sua ragion d'essere nel fatto che il consorzio umano ha come membri gli esseri umani «che sono tutti uguali per dignità naturale».

Quindi tra evangelizzazione e promozione umana vi sono legami profondi, come osserva Paolo VI nella *Evangelii nuntiandi*, poiché l'uomo da evangelizzare non è un essere astratto, ma condizionato da questioni sociali ed economiche, ossia da situazioni molto concrete che hanno attinenza con la sua crescita. Lo stesso pontefice ricorda ancora che tutto ciò che riguarda la comunità degli uomini – giustizia, liberazione, sviluppo, pace – non è estraneo all'evangelizzazione, che deve necessariamente svilupparsi nella storia umana.

Dietro queste affermazioni – afferma Sodano in un intervento al circolo di Roma del 26 febbraio 2004 dal titolo “Verso quale civiltà?” – c’è «*la coscienza della Chiesa di essere chiamata a realizzare il progetto di Dio in Cristo*» (III, 52). Invita, pertanto, a ritrovare «*il senso della comunità, il senso di interdipendenza e di solidarietà che legano le persone e le generazioni, le famiglie e i popoli*», per costruire la civiltà dell’amore, espressione coniata proprio da Paolo VI nella Domenica di Pentecoste del 1970 e poi riproposta significativamente nel contesto dell’Anno Santo del 1975. Infatti, osserva l’Autore, il pontefice «*attribuiva all’espressione civiltà dell’amore una valenza sia personale che sociale, strettamente collegata alla missione dell’evangelizzazione*», alla quale dedicava l’esortazione *Evangelii nuntiandii* pubblicata lo stesso anno. Sempre citando il magistero di Paolo VI, Sodano rievoca le parole del pontefice quando insiste su tale locuzione per spiegare che la creazione della civiltà dell’amore non è un ideale ma è un dovere, per i cristiani specialmente. Tale obbligazione trova significato, per Papa Montini, nel culto della Chiesa per l’uomo, come affermava Sant’Ireneo: «*Gloria... Dei vivens homo*» (III, 53).

Il senso di tutto è, dunque, l’uomo ed è quindi la centralità della persona umana il principio-guida dell’azione della Santa Sede nella comunità internazionale. Lo afferma in maniera esplicita l’Autore, quando ricorda che la causa determinativa dell’impegno della Santa Sede nell’ambito del consesso delle Nazioni «è il rispetto di ogni persona, [...] portatrice di diritti inalienabili» (IX, 110). La Santa Sede, quindi, colloca il servizio alla dignità dell’uomo al centro dell’attività politica e giuridica internazionale. Tutto va considerato sotto questo angolo prospettico: la libertà religiosa, la libertà di coscienza, il diritto alla vita, il complesso dei diritti personali, politici, sociali ed economici.

Giovanni Paolo II, secondo l’Autore, nel cercare di portare a compimento il pensiero di Paolo VI sulla civiltà dell’amore, ha approfondito il nesso tra missione della Chiesa e diritti dell’uomo: «*La Chiesa – afferma Papa Wojtyła – non può abbandonare l’uomo, la cui sorte [...] è in modo così stretto unita a Cristo*» (RH, nota p. 44). Pertanto, «*se la civiltà vuol dire “perfezione e bene dell’uomo”, il cristianesimo – insiste Sodano – è chiamato a configurare la civiltà*» (III, 44).

Wojtyła ritiene che occorra incarnare il messaggio evangelico nella realtà internazionale, interpretando – come sostiene il cardinale Poulat – religiosamente il politico per rendere politicamente valido il religioso. Nella *Redemptoris Missio* Giovanni Paolo II ha chiarito in modo articolato il suo pensiero sulle motivazioni e gli scopi del mandato missionario della Chiesa all’interno dei rapporti tra i popoli, annoverando, altresì, il campo dei rapporti internazionali tra i moderni areopaghi, che esigono una rinnovata azione di apostolato e di annuncio (RM, 37).

Edificare la civiltà dell’amore – secondo il papa polacco – significa, pertanto, affermare con forza il principio di solidarietà, che costituisce il pilastro della concezione cristiana dell’organizzazione sociale e politica. Insistere sul principio della solidarietà significa riaffermare il primato della carità, la quale costituisce la legge fondamentale della perfezione umana, in grado, in quanto tale, di trasformare il sociale, facendosi norma suprema e costante dell’agire politico, tanto da penetrare tutti i rapporti sociali. Leone XIII per enunciare tale principio utilizzava il concetto di amicizia, mentre Pio XI, citando San Tommaso, faceva riferimento alla carità sociale. Paolo VI nell’*Octogesima Adveniens*, significativamente parlava di carità politica e più in generale – come si richiamava sopra – di civiltà dell’amore. Giovanni Paolo II, in continuità con i suoi predecessori, spiega nella *Sollicitudo rei socialis* che il principio che oggi chiamiamo solidarietà (con una etimologia più prossima al diritto che alla

teologia) deve essere tenuto presente specialmente da coloro che hanno il dovere di provvedere al bene dei popoli, animando ogni settore della vita umana ed estendendosi anche all'ordine internazionale. Il Magistero, pertanto, in ultima istanza, propone alle comunità politiche il principio di solidarietà poiché, oltre ad essere in grado di garantire il bene comune, assicura lo sviluppo integrale della persona.

Pertanto, la ragion d'essere dell'attività internazionale della Santa Sede in seno alla comunità delle nazioni – come ricorda Angelo Sodano citando Giovanni Paolo II – è di rendere servizio all'uomo, per condurlo alla sua piena realizzazione. Il servizio reso dalla Santa Sede, attraverso il suo Capo, servo del Dio della storia e servo dell'uomo, è di natura universale, proprio perché, secondo un'antica tradizione e secondo i principi del diritto internazionale, il Servo dei servi di Dio, svolge la sua missione diplomatica a servizio degli uomini e di tutti i popoli, a prescindere dal loro credo religioso, sempre per essere fedele al suo ministero pastorale. Il servizio all'umanità si esplica in una triplice direzione, ossia nel rammentare le esigenze del bene comune, nell'affermare il rispetto della persona umana e nel promuovere i più alti valori spirituali (cfr. II, 26-27).

Ricorda, tuttavia, Sodano che la finalità dell'attività internazionale della Santa Sede è sempre stata duplice, poiché le ragioni della sua presenza hanno avuto anzitutto un fine ecclesiale, il quale è consistito e consiste nella tutela e nella promozione del bene proprio della Chiesa. Difatti, fino ad un recente passato la presenza della Santa Sede era pressoché costituita unicamente dalla definizioni di garanzie volte ad assicurare la *libertas Ecclesiae* nei singoli ordinamenti nazionali. La disciplina concordataria e la conclusione, più in generale, di accordi bilaterali, era da annoverare nell'ambito di questa finalità.

Pertanto, appare significativo che, mentre un tempo l'opera della Santa Sede nella comunità internazionale era limitata quasi esclusivamente all'attività concordataria e, quindi, ad interessi ecclesiastici, ora essa tende ad estendersi anche in ambiti generali.

Il lavoro del cardinal Sodano, sotto questo profilo, ci offre, l'opportunità di meglio comprendere il significato della diversa ragione di presenza della Santa Sede nell'attuale vita dalla comunità internazionale, non più o non solo qualificata dalla rivendicazione, nell'ambito degli Stati, delle libertà necessarie per l'adempimento del proprio ministero pastorale, ma soprattutto dall'impegno di contribuire al miglioramento delle condizioni morali e materiale dell'uomo.

In questo senso, l'analisi dell'Autore relativa alla considerazione generale sulla necessità di mettere i valori etici a base di ogni costruzione sociale e di ogni convivenza umana, nonché, più in particolare, sull'occorrenza di conformare la vita e i costumi dei popoli alla fede di Cristo, conduce ad osservare come la Santa Sede tenda a definire il proprio ruolo nel senso della sua peculiarità, conformando la propria azione politica nel campo internazionale alla propria missione evangelizzatrice in ambito ecclesiale.

Porre il lievito del Vangelo nella comunità internazionale significa, in conclusione, permeare la civiltà con il messaggio di Cristo, facendo della Chiesa l'anima della società umana. Certamente, come annota Sodano, la missione propria della Chiesa non è di ordine politico, bensì religioso, come ricordava il Concilio Vaticano II. Tuttavia, lo stesso Concilio ammonisce che da questa missione religiosa scaturiscono compiti, luce, forza, che possono contribuire a consolidare la comunità degli uomini secondo la legge divina (*Gaudium et Spes*, 42).

Salvatore Pesce

Stefano Testa Bappenheim, *Il danno da uccisione di religioso, negli ordinamenti francese, tedesco ed italiano*

In un recentissimo volume, pubblicato da Luigi Pellegrini Editore, Stefano Testa Bappenheim affronta il problema del danno da uccisione di religioso, in Francia, in Germania ed in Italia.

In particolare, la questione di cui si occupa l'Autore, in verità già affrontata da Fernando Santosuosso nel 1965, riguarda l'ammissibilità del risarcimento del danno subito dalla congregazione religiosa per la perdita di un suo membro, provocata da atto illecito. Le implicazioni che tale questione presenta sono vaste e di duplice natura: civilistica, in quanto si tratta di armonizzare la soluzione che voglia adottarsi per il caso specifico con la risposta che deve darsi al quesito posto in termini generali, se, cioè, sia configurabile una responsabilità del terzo a norma dell'art. 2043 c.c. per lesione del credito; e canonistica, in quanto s'impone un'indagine relativa al rapporto che lega il religioso alla comunità di cui fa parte, e alla rilevanza delle norme canoniche che lo regolano nell'ordinamento statale.

Peraltro, il discorso del Santosuosso si articola attraverso un sillogismo – al quale corrispondono i tre capitoli che compongono il volume –, di cui la premessa maggiore costituisce la soluzione del problema civilistico («Spetta alla formazione sociale il risarcimento per l'uccisione di chi vi appartiene per uno *status* personale»), la premessa minore è data dalla risposta al problema canonistico («L'appartenenza del professo ad un'associazione religiosa determina uno *status* personale»), e il cui corollario finale è che: «L'associazione religiosa ha diritto al risarcimento per l'uccisione, ad altri imputabile, di un suo componente».

Per converso, il discorso di Bappenheim si colloca entro un più vasto orizzonte in quanto non si limita ad affrontare tale complessa problematica nell'ordinamento italiano, al quale viene riservata l'ultima parte del volume, ma prende in considerazione la legislazione, la dottrina e la giurisprudenza di alcuni fra i più importanti ordinamenti europei.

In realtà, le differenze che si possono cogliere tra i due lavori non si limitano all'ampiezza degli «ambiti territoriali» in cui si svolge l'indagine, ma vanno oltre, fino ad incidere sull'impostazione generale del discorso.

Dopo un preliminare ed assai rapido esame delle opinioni espresse in dottrina e giurisprudenza sul requisito dell'ingiustizia del danno, nonché dei criteri suggeriti per circoscrivere l'ambito della risarcibilità dei danni da uccisione, Santosuosso espone la propria opinione ravvisando la giustificazione della risarcibilità dei danni per il caso di specie nel rapporto di appartenenza al gruppo sociale cui afferiva la vittima, e limitando «per evidenti motivi di opportunità» la legittimazione a chiedere il risarcimento a quelle formazioni sociali i cui membri hanno la posizione giuridica corrispondente ad uno *status*. Infatti, osserva l'Autore, le situazioni giuridiche qualificabili *status* implicano una tale fusione dei componenti il gruppo sociale sul piano morale e patrimoniale che, nel caso di perdita, ad altri imputabile, di uno fra essi la comunità resta direttamente mutilata; ossia subisce un danno diretto ed immediato in virtù del fatto illecito, senza il tramite del mancato adempimento di prestazioni dovute dalla vittima, ma per il fatto stesso che questa si trovava nella situazione di appartenenza descritta.

Bappenheim, invece, espone immediatamente la propria opinione sulla possibilità di risarcire l'Istituto religioso per la perdita subita in seguito alla morte del proprio affiliato, e solo in un secondo momento descrive l'evoluzione dottrinale e giurispru-

denziale circa i diritti alimentari dei congiunti e gli altri diritti di credito.

L'intento dichiarato di quest'ultimo Autore, infatti, è quello di dimostrare la risarcibilità del danno subito dai membri di una congregazione per l'uccisione di un congregato non facendo ricorso all'analogia tra la famiglia religiosa e quella civile, quanto, piuttosto, assimilando la famiglia religiosa a quella di fatto.

Non a caso l'ordinamento da cui prende le mosse Bappenheim è quello francese, caratterizzato da un ricco filone giurisprudenziale offerto dalle sentenze della *Cour de Cassation* orientate verso soluzioni assai comprensive, che hanno finito col consentire l'azione in giudizio di persone che, quantunque estranee alla famiglia *stricto sensu*, potessero provare d'essere state danneggiate in un rapporto affettivo reale.

Se, infatti, per avere un danno è necessaria la lesione di un diritto soggettivo o, perlomeno, di un interesse legittimo, una copiosa giurisprudenza degli ordinamenti analizzati dall'Autore, appresta un robusto fondamento per la tesi della risarcibilità del danno arrecato anche a legami interamente *de facto*.

A fortiori, dunque, secondo l'Autore, dovrebbero considerarsi risarcibili le lesioni ai "contratti congreganisti", cui sarebbero riconducibili i rapporti fra un religioso e l'Ordine al quale egli appartiene.

Con una sorta di percorso a ritroso, uguale e contrario a quello seguito da Santosuoso, l'Autore intende dimostrare la condivisibilità della propria "soluzione del caso", approfondendo, innanzitutto, l'importanza del legame tra professo e Istituto religioso (ai fini della sua eventuale rilevanza giuridica), per analizzare, successivamente, la nozione di congregazione, danno risarcibile, vittima indiretta e così via.

* * *

Il filo conduttore che lega le tre parti del volume di Bappenheim può senz'altro essere ravvisato nell'approfondimento della rilevanza giuridica dello *status religiosus* in ciascun ordinamento analizzato dall'Autore.

E' chiaro, tuttavia, che tale argomento si innesta su un tema ancora più vasto, quale è quello concernente i rapporti fra ordinamento civile dei diversi paesi e ordinamento canonico, che si riflette, poi, per forza di cose, sul *modus operandi* delle Corti nel momento in cui si tratta di qualificare giuridicamente alcune situazioni quali, ad esempio, il legame congreganista e, in definitiva, lo *status ecclesiasticus*.

Ciò induce l'Autore ad affrontare problematiche assai diverse fra loro che, pur coinvolgendo il lettore, danno l'impressione, a volte, di non mantenere uno stretto nesso con l'obiettivo principale del discorso.

Ciò nonostante, di particolare interesse si rivelano alcuni argomenti approfonditi nel corso del volume, di importanza fondamentale per una possibile risoluzione del problema principale, quali, ad esempio, la natura del contratto congreganista, analizzato alla luce della teoria delle obbligazioni, o l'evoluzione che la nozione di danno risarcibile ha subito, soprattutto negli ultimi danni, tanto in Francia quanto, parallelamente, in Italia.

In specie, con riferimento al contratto congreganista, appare singolare come, nonostante questo non sia identificabile né con un contratto di noleggìo di servizi, né, più in generale, con un contratto di lavoro, assai spesso i Tribunali statali francesi abbiano mostrato di considerarne la rilevanza giuridica, negando, al contempo ed implicitamente, che i voti religiosi fossero *res inter alios acta*. Il legame peculiare che vincola il professo e l'Istituto religioso, definito dalla dottrina come "*contrat canonique*", viene percepito nel diritto francese come un contratto, che tuttavia

va analizzato tenendo conto di due realtà tipicamente emergenti nell'esperienza canonistica: una regolamentazione dei diritti e degli obblighi reciproci fra Istituto e professore e i voti.

In altre parole, come sottolinea l'Autore più volte nel corso del volume, la qualità di congreganista costituisce, analogamente al contratto canonico, una *questione di fatto*, dalla quale il legislatore e le Corti francesi hanno dedotto, fin dall'inizio del secolo, precise conseguenze.

L'affiliazione ad un Istituto religioso risulta canonicamente dai voti, ma la sua prova risulta da atti esteriori, considerati in se stessi in rapporto alla loro natura concreta. Come infatti afferma la dottrina messa a contributo dall'Autore, ci si trova davanti non ad una professione come ad un'altra, ma dinanzi ad uno stato che comporta un coinvolgimento assai profondo della persona. Nonostante la proclamata "laicità" della Francia, infatti, l'appartenenza confessionale continua a rappresentare una componente di rilievo dello *status* delle persone.

Ciò implica, tuttavia, non che i giudici abbiano competenza per valutare tutti gli aspetti di un Istituto religioso, ma che il contratto congreganista, e perciò i legami fra religioso ed Istituto, ricadano, secondo le regole del diritto francese, nella competenza del giudice. Anche per il nostro Autore, il contratto congreganista, nel quale i diritti e i doveri delle due parti sono precisati, formulati, determinati dalle regole canoniche, dagli statuti e dagli impegni scritti, è un contratto di diritto civile francese, i cui elementi e la cui stipulazione non producono effetti solo nel segreto delle coscienze. Dal momento che ci si trova dinanzi ad un contratto valido, il cui contenuto e i cui dettagli sono così stabiliti, è normale che il magistrato possa giudicare sul modo in cui un terzo abbia attentato al rapporto inerente a questo contratto.

Peraltro, considerando la congregazione non riconosciuta né autorizzata come un raggruppamento *de facto* di più persone fisiche, il diritto francese ammette, per tutti i membri della congregazione medesima, il diritto di agire giudizialmente a tutela dei propri interessi.

In ogni caso, come sottolinea l'Autore, pur non volendo aderire alla teoria contrattualista per definire il legame intercorrente tra un religioso e la congregazione, ma, piuttosto, alla teoria dell'obbligazione morale, secondo cui gli accordi di volontà non fanno nascere obbligazioni civili quanto piuttosto "naturali" o "moralì", già da tempo, utilizzando le manifestazioni di volontà come fonte di diritto privato, dalla sussistenza di una famiglia di fatto viene fatto derivare l'obbligo alimentare fra due conviventi *more uxorio*, benchè essi non siano legati da nessun vincolo giuridicamente rilevante. Analogamente, anche i legami affettivi amical-parafratrerni intercorrenti fra membri di semplici famiglie di fatto, hanno assunto via via un sempre maggiore rilievo. Questo è uno dei motivi per cui, secondo l'Autore, alla domanda se i voti pronunciati dai componenti di una comunità religiosa abbiano la capacità di incidere sui loro diritti, correttamente ha risposto la giurisprudenza francese affermando che i "voti non hanno, nel diritto francese la conseguenza di privare il religioso che avesse subito un danno, diretto (ferita) o indiretto (danni morali per la morte di un confratello), del suo diritto al risarcimento"¹.

¹ L'Autore fa riferimento, a questo proposito, alla decisione del Tribunale penale di Colmar del 22 luglio 1949 secondo la quale "i voti pronunciati dai componenti di una comunità religiosa lasciano intatti i loro diritti (...); i religiosi, nonostante i voti pronunciati, conservano agli occhi della legge francese la stessa capacità di tutti i cittadini...". Cfr. pp. 47-48 del volume recensito.

Similmente, la rilevanza civilistica dello *status religiosus* nella *Weltanschauung* giuridica tedesca si atteggia nel senso di considerare i voti religiosi come un atto ecclesiastico dal quale possono scaturire solo effetti ecclesiastici e non civili, a meno di non volere individuare nella fattispecie *de qua* una analogia con un parallelo contratto di diritto civile. Ciò tuttavia non impedisce che i diritti canonici derivanti dalla professione religiosa siano da prendere in considerazione anche nell'ambito delle azioni civili, laddove si presentassero come questione pregiudiziale. A queste condizioni, la professione religiosa ha efficacia giuridica anche nei confronti dei terzi, non solo nell'ambito giuridico canonico, ma anche in quello civile.

Del resto, per quanto riguarda il diritto al risarcimento per l'uccisione di un componente d'una comunità parafamiliare, afferma l'Autore che chi riconosce il diritto al risarcimento, in caso di lesione, ad un componente d'una famiglia *pleno iure*, e lo rifiuta ad una comunità parafamiliare, si dovrebbe confrontare con la domanda del perché la sussistenza d'un legame matrimoniale possa essere, in una società pluralistica, un valido criterio per l'esistenza del diritto al risarcimento. Nemmeno l'art. 66 I GG, dal quale il matrimonio e la famiglia ricevono una particolare protezione, induce a giustificare una qualche differenza. Né la risposta secondo la quale mancherebbe l'adempimento d'una obbligazione legale a giustificazione del risarcimento appare convincente se si considera che l'attuale *BGH* ha fatto ricorso, per la fondazione di un autonomo diritto al risarcimento, al concetto di "economicamente rilevante utilizzazione della propria forza lavorativa", con la conseguenza di trasformare il danno alle attività lavorative in danno alla capacità patrimoniale.

Su questa strada ricostruttiva si giustificerebbe, per il nostro Autore, il diritto al risarcimento del danno per l'uccisione di un componente della comunità parafamiliare, nella misura in cui, nel singolo caso, lo svolgimento della propria attività lavorativa appaia come adempimento d'una obbligazione convenzionale.

Il legame contrattuale fondato sulla professione religiosa, cioè, sarebbe espressione di una manifestazione di volontà che, in quanto seriamente estrinsecata, è, in linea di principio, degna di nota anche nell'ambito giuridico statale. I diritti che sorgono con la professione religiosa sussistono come diritti giuridicamente fondati al pari di tutti gli altri diritti. In questa maniera la professione religiosa consegue efficacia giuridica anche nei confronti dei terzi, non solo nell'ambito giuridico canonico, ma anche in quello civile. Similmente a quanto avviene nell'ordinamento francese, dunque, il voto non è altro se non una norma religiosa che, come ogni altra regola frutto dell'autonomia personale, può restringere l'esercizio volontario d'una libertà individuale al pari di qualsiasi altra possibile modalità di estrinsecazione.

* * *

Cattura, senz'altro, in modo più diretto l'interesse del lettore italiano l'ultima parte del volume, dedicata al nostro ordinamento.

Se, da un lato, l'Autore condivide la tesi di chi, sulla scia del concetto agostiniano di *anima naturaliter christiana*, sostiene che "*religio praecipuum humanae societatis vinculum*" e argomenta che la vita religiosa risponda ad un desiderio ed ad una ricerca prettamente umani, dall'altro lato, fa notare come ciò non impedisca che fra autorità ecclesiastica e professo si venga ad instaurare un rapporto giuridico concreto, in base al quale l'una abbia il potere giuridico di esigere dall'altro determinati comportamenti e prestazioni, per cui tale rapporto sarebbe riconducibile ad una fonte negoziale, efficace, per requisiti di forma e di sostanza, per il nostro ordinamento.

Lo *status religiosus*, cioè, acquisterebbe rilievo, anche per l'ordinamento giuridico italiano, sotto specie di complesso d'obbligazioni negoziali.

Posto, infatti, che un certo numero di disposizioni del Concordato e della legislazione italiana concernono i religiosi, il significato di tale termine va mutuato dal diritto della Chiesa. I rapporti che intercorrono tra il religioso e l'associazione alla quale appartiene, o tra il religioso e il suo superiore, secondo il diritto canonico, normalmente sfuggono alla cognizione del giudice italiano. Tuttavia, se incidentalmente si prospettassero come circostanze atte ad interpretare un negozio o un fatto che ricada sotto la cognizione di detto giudice, saranno valutate alla stregua di presunzioni semplici, che possono aiutare a ricostruire la volontà delle parti o a giudicare la reale natura d'un atto posto in essere.

In queste ipotesi, dunque, il diritto statale qualifica il soggetto non direttamente in base a proprie specifiche disposizioni, ma riconoscendo rilevanza alla qualificazione che di esso danno le norme canoniche. Ciò tuttavia non significa che la normativa canonica venga ad essere inserita nel diritto dello Stato in quanto essa assume rilevanza come fatto presupposto dalla fattispecie direttamente rilevante per il nostro ordinamento. Tale rilevanza si verificherebbe, secondo quella che sembra essere l'opinione dominante nella dottrina italiana, in forza d'una concreta attuazione, da parte del *civis-fidelis*, del diritto di libertà religiosa a mezzo della libera adesione alle regole d'un istituto di vita consacrata, quale forma di realizzazione della propria autonomia negoziale. I comportamenti imposti da quelle medesime regole, cioè, sono accettati ed assolti alla stregua di obblighi giuridici, come conseguenza del *modo* in cui i singoli ritengono di doversi determinare per soddisfare il proprio bisogno di religiosità.

Invero, come sostiene la copiosa dottrina richiamata dall'Autore, particolare è il rapporto tra persona umana e formazioni sociali, quando a queste la persona stessa dia vita o aderisca mediante un proprio atto di autonomia, acquistando quello *status* che la specifica disciplina della vita e dell'attività della formazione sociale predispone per i suoi associati. L'accettazione della regole della formazione e, soprattutto, dei doveri che ne scaturiscono – e, quindi, di quelle limitazioni nel comportamento che direttamente discendono dallo *status* di membro di una determinata formazione sociale – appare una sorta di prestazione che la persona sente o accetta di dover adempiere, quasi come *corrispettivo* all'utilità, in termini di sviluppo della propria personalità, fruibile con l'appartenenza alla formazione sociale.

Alla luce dei principi costituzionali e, in particolare, di quelli espressi dall'art. 2 della Costituzione, la posizione del religioso nell'ordinamento dello Stato esprime l'identificazione, in via di sintesi, di un particolare modalità di esercizio della fede, della realizzazione, in forma associata, della «vocazione alla santità» che ogni *christifidelis* è chiamato ad assolvere. Si tratta, quindi, di una posizione la cui rilevanza nell'ordinamento statale dipende dall'esito positivo di un «giudizio di meritevolezza» costituzionale conseguente alla verifica della effettiva realizzazione, in queste forme associate, della promozione della persona umana, dal momento che è la *promozione personale di ciascuno dei consoci* (di ciascuno di essi preso nella sua individuale *entità umana irripetibile ed infungibile*) il «bene» assunto a specifico oggetto di presidio dalla norma costituzionale.

Pertanto, l'assunzione di determinati impegni esistenziali – e di tutti quegli altri obblighi collegati di *facere, non facere* o di *pati* – cui il religioso ritenga di doversi sottomettere *prompte ac delectabiliter* nel suo tendere ad uno stato di vita più perfetto, rappresenta, agli occhi del professo, il modo migliore di declinare il proprio

irrinunciabile diritto all'autorealizzazione personale (e quindi della sua propria libertà di uomo).

Estremamente interessante, a questo proposito, appare una riflessione del nostro Autore sulla specificità dell'ordinamento canonico che, spesso da più parti ritenuta ostacolo all'accoglimento di principi e regole eterogenee rispetto a quelli della comunità statale, costituirebbe, al contrario, un criterio di orientamento per l'ermeneutica dell'art. 2 Cost. L'art. 2 Cost, cioè, rivisitato alla luce del diritto canonico, consentirebbe il trascorrere dei diritti e delle libertà della persona umana verso la loro garanzia specifica. Del resto, quando la Costituzione parla di formazioni sociali, solo in apparenza fa riferimento a realtà omogenee tra loro, riconducibili ad un identico modello. In verità, l'unico elemento comune e ricorrente nelle formazioni sociali prese in considerazione dalla Costituzione – e, forse, la ragione stessa per cui le prende in considerazione – è dato dal fatto che in esse si riproduce e si realizza un'analogia situazione, quale è quella dello svolgimento della personalità dell'uomo.

* * *

Ora, benché la dottrina sia sostanzialmente in sintonia con la tesi di Jemolo, secondo cui esisterebbe un credito di prestazioni fra Istituto e professore, la giurisprudenza nostrana ha sempre riconosciuto il risarcimento del danno all'Ordine leso in seguito alla morte di un proprio componente, considerandolo alla stessa stregua di una famiglia.

In particolare, l'Istituto religioso è stato equiparato alla famiglia naturale sulla base della definizione e della disciplina impressagli dal *Codex* di diritto canonico, cui è stata riconosciuta efficacia giuridica: è stato, cioè, ritenuto che il danno patito dall'Istituto, privato di un proprio confratello, sia un danno immediato e diretto, *ex artt. 2056 e 1223 c.c.*, essendo lo *status* del religioso molto simile a quello di un familiare, dal momento che il legame fra l'Istituto ed i suoi componenti non si identifica solo come un mero e normale credito, ma è fonte anche d'una pluralità di relazioni che consentono di accostarlo allo stato familiare, oggetto di tutela giuridica.

Poiché, come insegna Falzea, quanto interessa il giurista è che, in termini generali, il diritto – in quanto regola dei rapporti umani – non può rimanere indifferente alle manifestazioni della realtà dotate di dimensioni significative e non può lasciare tali situazioni di fatto fuori dall'area di ciò che è giuridicamente rilevante, il problema si pone con particolare evidenza nei casi in cui la funzione dell'ambito nel quale si svolge il processo di sviluppo e di crescita della persona venga svolta da una convivenza che, pur non presentando i caratteri formali d'una famiglia, appaia pur sempre come una formazione sociale a quello sviluppo finalizzata.

In realtà, secondo quanto sostiene il nostro Autore, il rapporto di fatto non si distinguerebbe dal rapporto espressamente e tipicamente qualificato dal diritto perchè uno rientra nell'ambito del giuridicamente rilevante e l'altro ne resta fuori. Si tratta piuttosto di due differenti modi d'essere rilevanti per l'ordinamento. Nell'un caso, è decisiva la possibilità di collegare il rapporto ad un atto che si colloca entro uno schema astrattamente previsto dalla legge; nell'altro caso, si tratta di dare valore giuridico alla rilevanza sociale ed alla «meritevolezza» del rapporto in sé.

Sulla base di queste premesse, l'Autore ritiene giuridicamente sostenibile l'esistenza, accanto alla famiglia *iure sanguinis*, d'una famiglia *iure religionis*, mettendo, peraltro, a nudo il vizio di fondo in cui incorrerebbe la dottrina nel momento in cui, affrontando la problematica del rapporto familiare di fatto, assume come tale un

rapporto di tipo coniugal-familiare fondato su un matrimonio canonico non trascritto, o in cui, comunque, manchi un matrimonio civile.

In tal modo, il fenomeno pratico che si tratta di classificare, lungi dall'essere individuato in base alle sue connotazioni empiriche, verrebbe, per così dire, desunto dai termini propri o analoghi a quelli di una qualificazione formale, correlandolo alla famiglia di diritto intesa come effetto dell'atto formalmente qualificato come il matrimonio. Il criterio individuante del fenomeno pratico, cioè, risulterebbe artificiosamente ricondotto ad un indice normativo: la famiglia di fatto, pur riconosciuta operante in termini di rapporto, viene individuata in base esclusivamente negativa attraverso una ipostatizzante concettualizzazione di ciò che debba intendersi per famiglia legittima. Il rapporto di fatto, invece, non andrebbe inteso come fenomeno metagiuridico ma come un dato socialmente rilevante che, in rapporto a tale rilevanza, viene di per sé preso in considerazione (e quindi regolato) dal diritto.

L'Autore, peraltro, si spinge oltre, fino a distinguere, alla luce del profondo cambiamento intervenuto nel modello familiare, sintetizzato nella metamorfosi del paradigma dell'*individuo per la famiglia* a quello della *famiglia per l'individuo*, il concetto di "coppia *more uxorio*" da quello di "famiglia di fatto", facendo perno su quest'ultimo modello per cercare di argomentare l'ammissibilità - per analogia con i diritti-doveri all'assistenza morale e materiale, alla collaborazione nell'interesse del gruppo familiare (o parafamiliare) ed alla coabitazione - di un concetto, *mutatis omnibus mutandis*, di "fraternità di fatto", quale fenotipo d'un potenziale luogo di arricchimento della personalità, "volto a scopi socialmente utili e meritevoli di protezione".

* * *

Esaminando, infine, "le ragioni delle diverse, possibili eventualità risarcitorie", l'Autore ritiene che la soluzione del problema possa essere cercata nel tipico rapporto di immedesimazione tra il religioso e l'Istituto di appartenenza, richiamando, ancora una volta, il concetto di autonomia negoziale del singolo soggetto per spiegare come l'uccisione del religioso causi, *in primis*, un danno patrimoniale (considerando non tanto la lesione a "beni", bensì alle "attività" che venivano svolte dalla vittima) all'Istituto nel quale risulta incorporato, e, *in secundis*, un danno non patrimoniale all'Istituto medesimo ed (esistenziale) ai confratelli.

L'Autore, infatti, facendo leva sull'interessante evoluzione della giurisprudenza in tema di risarcimento del danno, nonché sulla copiosa dottrina, che, soprattutto negli ultimi anni, ha contribuito all'evoluzione del concetto stesso di danno risarcibile, ritiene che l'esistenza del danno e la sua ingiustizia, derivante dalla lesione di una situazione soggettiva rilevante, inducono a riconoscere la legittimazione attiva, da parte dell'Istituto, a chiedere il risarcimento, in quanto la risarcibilità degli interessi pregiudicati viene fatta dipendere dal superamento della tradizionale concezione dell'illecito come lesione di un diritto soggettivo assoluto. La lesione del diritto di credito dell'Istituto, cioè, costituirebbe, in realtà, un aspetto della più complessa vicenda concettuale relativa alla definizione dell'ingiustizia del danno. L'interesse meritevole di tutela (*ex art. 1322 c.c.*), perciò, pare idoneo a segnare la frontiera ultima del danno ingiusto, il limite estremo oltre il quale la tutela aquiliana non può essere accordata senza subordinare la rilevanza dell'interesse alla necessaria presenza d'una specifica norma contenente un precetto o un divieto.

L'art. 2043 c.c., invero, esige, ai fini della sua operatività, l'esistenza di un interesse che abbia conquistato una propria dimensione giuridica; non dice, tuttavia, quale

debba essere la qualifica giuridica di questo interesse, poiché tale norma non costituisce, di per sé, un criterio di selezione degli interessi meritevoli di tutela.

Se, peraltro, come si è detto, ogni formazione sociale ha valore costituzionale quando risponda alla funzione di consentire il libero sviluppo della persona umana, poiché alla “fraternità di fatto” pare applicabile il concetto di formazione sociale, conseguentemente un positivo giudizio di “meritevolezza” è richiesto, nel caso *de quo*, dall’esigenza di garantire, all’interno della comunità religiosa, il rispetto della dignità delle persone di essa partecipi.

Tale affermazione appare avvalorata dalla nota sentenza della Corte costituzionale n. 184 del 1986, che non consente limitazioni di alcun genere alla tutela dei valori costituzionali e non legittima limitazioni risarcitorie ai danni effettivamente subiti dai soggetti lesi. Applicando la metodologia adoperata dalla Corte costituzionale, tale importante principio, come afferma l’Autore, può essere esteso anche a tutti i casi di lesioni di interessi costituzionalmente rilevanti e garantiti, comprese le situazioni parafamiliari caratterizzate da “vincoli affettivi e coabitazione in forma continuativa a qualunque titolo”².

Recentemente, del resto, è stato riconosciuto che la lesione del familiare di fatto consiste “non già in una mera e semplice aspettativa, priva di tutela giuridica, bensì in un fondamentale e inviolabile diritto quale è quello alla solidarietà sociale di cui all’art. 2 Cost. ”, per cui pare ormai acclarato che il discorso della legittimazione attiva non può subire limiti pregiudiziali e discriminanti.

Tanto l’art. 2043 c.c. quanto l’art. 2059 c.c. attribuiscono il diritto al risarcimento a chiunque abbia subito un danno a causa dell’altrui fatto ingiusto, sempre che sussista un rapporto diretto tra il danno ed il fatto lesivo. L’ampiezza della formula legislativa consente di ricomprendere, nell’ambito dell’obbligazione risarcitoria, sia il danno subito dal soggetto verso cui è stato diretto il fatto ingiusto, sia quel danno che abbiano subito, egualmente in modo immediato e diretto, sotto forma di *deminutio patrimonii* o *danno morale*, eventuali altri soggetti, per i rapporti che li legano a quello immediatamente e direttamente leso, ancorché tali rapporti siano di natura familiare o parafamiliare, definibili come una “relazione interpersonale, con carattere di tendenziale stabilità, di natura affettiva che, come nell’ambito di qualsiasi famiglia, si espliciti in una comunanza di vita e di interesse e nella reciproca assistenza morale e materiale”³.

Questo orientamento, di recente confermato dalla Consulta, consente all’Autore di concludere che se la formazione parafamiliare rientra tra le formazioni sociali in cui si sviluppa la persona umana, essa ha diritto alla sua integrità fisica e morale, sicché la sua disgregazione e/o distruzione dovuta al fatto illecito altrui, determina un danno ingiusto ai superstiti.

In definitiva, dunque, l’Istituto religioso avrà diritto ad un risarcimento dei danni derivanti dalla morte di un professo in virtù della propria particolare struttura associativa. Tale danno appare evidentemente diretto ed immediato, venendo l’Istituto privato dell’apporto di un proprio componente, e sarà patrimonialmente valutabile, oltre che come danno emergente, anche come lucro cessante.

Il nostro ordinamento, del resto, analogamente a quello francese, non elenca,

² Cfr. p. 538 s. del volume recensito.

³ Cfr. p. 557.

neppure approssimativamente, i soggetti che per il loro legame o rapporto con la vittima, si possano considerare *ex lege* legittimati a ripetere il danno non patrimoniale verso il responsabile; ciò nonostante si può senz'altro affermare che sussista una responsabilità verso il gruppo «familiare» al quale si appartiene in virtù dello *status familiae (religiosae)*, come peraltro ormai è pacificamente sostenuto dalla dottrina più aggiornata sull'argomento.

A differenza di quanto avviene nel diritto italiano e in quello francese, in cui dottrina e giurisprudenza si sono spinte assai lontano nel riconoscere ai parenti della vittima i c.d. danni d'affezione – va, peraltro, sottolineato come l'art. 1382 *code civ.* sia privo del requisito dell'ingiustizia del danno, richiesto dall'italico art. 2043 c.c. – nel diritto tedesco non è presente alcuna compensazione per il dolore che ad un soggetto venisse arrecato in seguito alla morte di una persona. In questo si può senz'altro cogliere la differenza più rilevante tra gli ordinamenti esaminati dal nostro Autore, in quanto gli artt. 844 e 845 *BGB* riconoscono a terzi che non fossero direttamente lesi da un atto illecito, un diritto al risarcimento dei soli beni materiali. Viceversa, un risarcimento per danno morale, così come questo è concepito nel nostro diritto e in quello d'Oltralpe è, di norma, *ex art. 253 BGB*, escluso. Gli eventuali danni morali che qualcuno dovesse subire in seguito ed a causa dell'uccisione e/o del ferimento di un altro, sono, in base al diritto tedesco, da considerare, ricorrendone le circostanze, come danni alla salute e, quindi, risarcibili come danni materiali (c.d.danni da *choc*).

* * *

Il volume di Bappenheim suscita nel lettore un apprezzabile interesse e una istintiva curiosità non solo per l'argomento trattato dall'Autore, ma anche per il metodo con cui questo viene affrontato.

Non è infatti molto diffusa la prassi di approfondire tematiche che, pur affondando le proprie radici nel diritto canonico, abbiano ripercussioni nel diritto della responsabilità civile, soprattutto se a questo si aggiunge l'intento di una comparazione giuridica tra i principali istituti disciplinati nei più importanti ordinamenti europei.

L'originalità degli argomenti stimola il lettore a porsi alcune domande di non facile soluzione, che non sempre, tuttavia, trovano una risposta nelle pagine del volume, così come, secondo quanto si è già accennato, il volume medesimo non sempre risulta di agevole lettura per il sovrapporsi di piani di indagine molto diversificati fra loro.

Emerge spesso, infatti, la preoccupazione di non trascurare alcun aspetto del tema trattato, alcuna angolazione che consenta di analizzarlo da un diverso punto di vista, che mette, tuttavia, a dura prova la fluidità complessiva del discorso.

Estremamente ricca si presenta la bibliografia nelle tre parti in cui il volume risulta suddiviso, a conferma della metodicità e completezza dell'Autore, così come l'uso della giurisprudenza, a supporto delle teorie illustrate, soprattutto in materia di danno, dimostra l'evidente capacità di approccio a queste tematiche.

Significativa è, al riguardo, la distinzione, di più recente acquisizione giurisprudenziale, tra danno psichico e danno esistenziale⁴ che, prendendo in considerazione

⁴ Occorre dire, tuttavia, a questo proposito, che con la sentenza n. 233 del 2003, la Corte costituzionale ha compiuto un vistoso "*revirement*" proprio in tema di danno esistenziale. Con tale pronuncia, infatti, la Corte ha operato un'interpretazione estensiva dell'art. 2059 c.c., facendo venir meno la sua lettura in combinato disposto con l'art. 185 c.p., e sostenendo che «può dirsi ormai superata la

la realtà esterna modificata negativamente dall'illecito, emerge dal confronto tra quella che è la vita della vittima dopo il danno subito e quella che avrebbe potuto essere in assenza dello stesso. Si tratterebbe, cioè, di casi in cui non viene lesa la sfera psichica in senso stretto, ma che provocano, tuttavia, un'alterazione del modo di essere dell'individuo in quanto vengono lesi interessi meritevoli di tutela. Non a caso, la tutela costituzionale del diritto al risarcimento del danno esistenziale viene individuata proprio nell'art. 2 Cost., che, com'è noto, tutela i «diritti inviolabili dell'uomo», non soltanto come «singolo individuo» ma anche nelle «formazioni sociali in cui si volge la sua personalità», ed è ravvisabile ogni qual volta l'illecito impedisca alla vittima di dedicarsi alle attività realizzatrici della persona, andando ad incidere sulla sua sfera esistenziale, come, del resto, ha recentemente confermato la Corte costituzionale.

Tale posta di danno, come afferma l'Autore, sembra poter essere teleologicamente inteso come la giusta reazione ai profondi cambiamenti subiti, al di fuori dei danni patrimoniali, nell'aggressione a posizioni meritevoli di tutela, essendo «la lesione di qualsiasi interesse giuridicamente rilevante per la persona, risarcibile nelle sue conseguenze non patrimoniali: ogni interesse afferente alla persona, leso da un atto ingiusto, appare meritevole di risarcimento, e ciò anche se non corrisponde al benessere, non sia specificamente menzionato dalla Costituzione o non abbia quale presupposto una malattia che sconvolge il normale scorrere della quotidianità della

tradizionale affermazione secondo la quale il danno non patrimoniale riguardato dall'art. 2059 c.c. si identificerebbe con il cosiddetto danno morale soggettivo... nel quadro di un sistema bipolare del danno patrimoniale e di quello non patrimoniale». Un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., cioè, tesa a ricomprendere nell'astratta previsione della norma ogni danno di natura non patrimoniale derivante da lesione di valori inerenti alla persona, farebbe sì che in tale fattispecie rientrerebbero sia il danno morale soggettivo, inteso come transeunte turbamento dello stato d'animo della vittima; sia il danno biologico in senso stretto, inteso come lesione dell'interesse, costituzionalmente garantito, all'integrità fisica e psichica della persona, conseguente ad un accertamento medico (*ex art. 32 Cost.*); sia, infine, il danno (spesso definito dalla dottrina e dalla giurisprudenza come danno esistenziale) derivante dalla lesione di altri interessi di rango costituzionale inerenti alla persona.

In altre parole, l'avallo della Corte costituzionale alla «nuova» interpretazione dell'art. 2059 c.c., propugnata dalla Corte di Cassazione con le sentenze gemelle n. 8827 e n. 8828 del 2003, citate in nota dal nostro Autore, ha consentito un formale ritorno al sistema bipolare, senza necessità di introdurre, nel nostro ordinamento, la figura del danno esistenziale, la cui nascita si era resa necessaria a causa di una lettura riduttiva dell'art. 2059 c.c., e la cui tutela per lungo tempo si è fatta ricondurre all'art. 2043 c.c. Nonostante l'Autore non si soffermi a pieno sull'evoluzione giurisprudenziale di tale posta di danno, appare, comunque sia, condivisibile l'affermazione secondo cui «sia che si accolga la tesi del danno da uccisione di tipo esistenziale, riconducibile alla disciplina dell'art. 2043 c.c., sia che si segua la tesi che non esclude i profili esistenziali inerenti al danno da morte, ma li riconduce nell'ambito della più ampia categoria dei danni non patrimoniali, di cui all'art. 2059 c.c.», in ogni caso dovrebbero considerarsi risarcibili «tutte quelle menomazioni della persona che ne impediscono il libero sviluppo, vuoi come singolo, vuoi nelle formazioni sociali in cui necessariamente o volontariamente si svolge la sua personalità», perché «non va dimenticata la scomparsa del patrimonio spirituale della vittima», «specie in un fase evolutiva del vivere civile fortemente sollecitata da attacchi alla personalità dell'individuo, che postulano una lettura in chiave dinamica degli strumenti risarcitori, orientandoli a tutela delle situazioni esistenziali quale più autentica espressione del diritto vivente», evitando di «rinunciare al riconoscimento di situazioni soggettive fondamentali solo per un formale ossequio alla struttura dell'illecito civile».

vittima. Tale particolare categoria di danno è risarcibile – se di natura extracontrattuale – *ex art. 2043 c.c.*»⁵.

Dal ragionamento così sviluppato, inoltre, l'Autore fa discendere alcune conclusioni concernenti il criterio di selezione delle c.d. vittime secondarie aventi diritto al risarcimento del danno, individuandolo nella "titolarità d'una situazione qualificata dal contatto con la vittima, che normalmente si identifica con la disciplina dei rapporti familiari, ma non li esaurisce necessariamente, dovendosi anche dare risalto a certi particolari legami di fatto"; e ciò è tanto vero che, pur in presenza di un legame *stricto sensu* inteso, non sempre è implicito il riconoscimento del danno non patrimoniale⁶.

In definitiva, dunque, sembra potersi affermare che i risultati cui giungono le indagini del nostro Autore non si discostano, sostanzialmente, da quelli avanzati in passato dal Santosuosso e, soprattutto, sembra potersi condividere la convinzione secondo cui «il risarcimento deve adattarsi con flessibilità ad ogni caso particolare».

«È proprio per tale motivo che il legame di parentela può essere vicariato da un altro fattore, come la vita in comune, soprattutto se questa è basata su un contratto congreganista e sui voti religiosi»⁷.

Marta Tigano

⁵ Cfr. p. 580.

⁶ Cfr. p. 581.

⁷ Cfr. p. 151.

Recensioni

Aa.Vv., *Matrimonium et ius. Studi in onore del Prof. Avv. Sebastiano Villeggiante* (a cura di J.E. Villa Avila e C. Gnazi), Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2006, pp.451.

Il volume *Matrimonium et ius*, che, com'è noto, contiene gli Studi in onore del Prof. Avv. Sebastiano Villeggiante, si caratterizza per la grande ricchezza dei contributi raccolti, contributi che non si limitano ad analizzare le principali tematiche inerenti alla disciplina del matrimonio canonico od alla regolamentazione delle procedure volte ad ottenere la declaratoria di nullità, ma investono anche altri ambiti, affrontando questioni inerenti alle caratteristiche generali dell'ordinamento canonico, alla sua evoluzione storica, al rapporto fra fenomeno giuridico e dimensione etica.

Sotto tale ultimo profilo l'opera in esame sottolinea come le nozioni di "morale" e di "diritto" siano state profondamente influenzate dalla concezione della persona umana che di volta in volta, nel corso dei secoli, la cultura dominante ha accolto (De Paolis). L'analisi delle varie epoche storiche mostra come il cd. positivismo giuridico, che ha caratterizzato gli ultimi due secoli, sia il prodotto di un processo, alquanto laborioso e travagliato, che – prendendo le mosse dal concetto di diritto naturale, proprio della cultura greco-romana, e passando attraverso la riflessione medievale sulla *lex naturae* ed il giusnaturalismo razionalistico del XVII secolo – è sfociato in una visione del diritto come fenomeno autoreferenziale, la cui espressione principale è la norma,

che trova in sé stessa la propria giustificazione, in quanto emanata dall'autorità competente nel rispetto delle procedure stabilite dall'ordinamento. L'inadeguatezza di una visione siffatta, che lascia l'uomo del tutto sprovvisto di tutela di fronte al precetto giuridico, *iustum quia iussum*, ha determinato un'attenzione sempre crescente verso l'annosa tematica dei diritti umani, come dimostrano la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, elaborata dall'Onu nel 1948, ed altri importanti documenti internazionali. Occorre evitare, però, conclude l'orientamento *de quo*, che il riferimento ai diritti umani porti ad assolutizzare la libertà della persona – concepita, in un'ottica meramente individualistica, come svincolata da qualsiasi limite – con la conseguenza di relativizzare ogni norma, sia giuridica, che morale, e di trasformare l'autonomia soggettiva in egoistica arbitrarietà.

L'analisi dell'evoluzione storica dell'ordinamento canonico evidenzia, del resto, la necessità di mantenere sempre un corretto equilibrio fra l'autonomia decisionale del singolo individuo-fedele e l'esigenza che il patrimonio dogmatico proprio del Cattolicesimo venga condiviso *in toto*, senza possibilità di alcuna eccezione o deroga, dai membri della società ecclesiale; le istanze volte a rivendicare una maggiore partecipazione attiva del Popolo di Dio alla vita della Chiesa non possono tradursi nel rifiuto di quel vincolo di comunione gerarchica che contraddistingue lo *status* giuridico del *christifidelis* (Bellini). Si sottolinea, in proposito, che il principio di legalità,

certamente vigente all'interno della società ecclesiale, non può essere inteso come un corollario della nozione di sovranità popolare, ma che esso va ricondotto al concetto di diritto divino – naturale e positivo –, nucleo fondamentale dell'ordinamento canonico assolutamente inderogabile ed immodificabile. L'esistenza dello *ius divinum* costituisce per i fedeli la garanzia primaria del rispetto dei loro diritti fondamentali, dato che tutti i membri della Chiesa, sia appartenenti al *populus ducens*, sia appartenenti al *populus ductus*, sono tenuti a rispettare la dimensione giuridica che Dio ha stabilito per la comunità dei fedeli (Sciacca).

L'osservanza puntuale e rigorosa del principio di legalità non può essere disgiunta, comunque, da una spiccata sensibilità pastorale, onde evitare di pervenire a risultati formalmente corretti, ma sostanzialmente iniqui. Siffatta attenzione nei confronti della pastoralità deve connotare in modo particolare l'esercizio della funzione giudiziaria, la quale è diretta a dare attuazione pratica al disposto legislativo caratterizzato, in linea di principio, dall'astrattezza e dalla generalità. Viene rilevato, invero, come già la Patristica sottolineasse la natura pastorale dell'attività svolta dai tribunali canonici e lo stretto legame intercorrente tra la funzione di giudicare ed il fine ultimo della *salus animarum*; siffatte caratteristiche sono state ribadite dai più recenti pronunciamenti del Magistero, che, comunque, ha evidenziato come la pastoralità vada sempre coniugata con la realizzazione della giustizia e, quindi, con il rispetto della verità (Gambale). Né va obliato che anche nell'ambito del processo penale l'esigenza di tutelare l'*utilitas publica* non può essere assolutizzata, ma deve sempre essere contemperata con l'equità canonica e con la funzione "medicinale" della sanzione (Urru). Non a caso, ai Moderatori dei tribunali ecclesiastici compete, fra l'altro, il compito di vigilare sulla retta amministrazione della

giustizia ed, eventualmente, di irrogare sanzioni nei confronti di quanti, coinvolti a qualunque titolo nell'esercizio della funzione giudiziaria, ostacolano, anziché agevolare, il raggiungimento della verità. Nello svolgimento di tale opera di controllo appare centrale il ruolo rivestito dal Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica le cui funzioni in materia, prima circoscritte ai soli ricorsi presentati contro quegli avvocati e procuratori "immodica honoraria exigentes", sono state estese e precisate da alcuni interventi normativi – can.1445 §3 n. 1 del vigente *Codex Iuris Canonici* latino ed art.124n.1 della Cost. apostolica *Pastor bonus* –, i quali gli hanno attribuito una generale competenza a vigilare sulla corretta amministrazione della giustizia, competenza comprensiva, in particolare, della facoltà di adottare provvedimenti disciplinari nei confronti dei legali che vengano meno ai doveri del proprio ufficio. L'estensione della competenza della Segnatura a qualunque violazione degli obblighi deontologici rende necessario, però, che i diritti e i doveri degli avvocati e procuratori vengano tipizzati dall'ordinamento canonico con maggiore completezza di quanto non sia stato fatto finora (Montini), onde evitare lacune che potrebbero compromettere la certezza del diritto assolutamente necessaria in un ambito così delicato quale quello deontologico-disciplinare.

Alle prospettive future della professione forense canonica è dedicato un apposito contributo, il quale, dopo aver sottolineato come il numero degli *advocati* canonisti, quantomeno di quelli che svolgono esclusivamente tale attività, sia destinato a ridimensionarsi – a causa dell'azione concomitante di due fattori e cioè l'introduzione dei cd. Patroni stabili ed il progressivo ridursi delle fattispecie in cui la sentenza ecclesiastica è suscettibile di acquisire effetti civili –, si sofferma sulla mancanza di organismi atti a rappresentare in modo unitario nei

confronti della Gerarchia gli avvocati e i procuratori: le stesse associazioni di legali previste in alcuni casi, talvolta con carattere di obbligatorietà, dai regolamenti dei tribunali ecclesiastici si configurano nella pratica come mere associazioni di fatto prive di qualsiasi riconoscimento da parte dell'autorità; viene auspicato, perciò, lo sviluppo di forme di collegialità maggiormente rappresentative e dotate di una qualche forma di ufficialità (Gullo).

L'opera in esame contiene un corposo gruppo di contributi inerenti al diritto sostanziale, tutti dedicati – eccezion fatta per uno scritto ove si affronta la delicata questione della natura giuridica degli Ordinariati militari, sottolineando come essi, pur essendo stati assimilati dalla Costituzione apostolica *Spirituali militum curae* alle diocesi, non possano, comunque, essere qualificati come Chiese particolari (Ramos) – alla materia matrimoniale.

La concezione personalistica dell'istituto matrimoniale, approfondita e valorizzata dal Concilio Vaticano II, viene ritenuta imprescindibile, pur rilevandosi la necessità di respingere taluni orientamenti pseudopersonalistici che, non prendendo in considerazione la persona umana nella sua integralità, appaiono incompatibili con l'antropologia cristiana. Il carattere fondamentalmente metagiuridico della visione personalistica, attinente più all'antropologia ed alla filosofia, che non al diritto, fa dubitare che sulla sua base si possa elaborare una "costruzione" unitaria della normativa canonica concernente il vincolo matrimoniale. Si fa riferimento, perciò, anche al fine di superare la contrapposizione tra teoria personalistica e teoria contrattualistica, al cd. principio consensualistico, secondo cui la volontà manifestata dai nubenti non va considerata unicamente come causa efficiente del sorgere del vincolo nuziale, ma ad essa dev'essere riconosciuta l'attitudine ad assurgere al ruolo di principio organizzatore di

tutto il diritto matrimoniale canonico (Erlebach).

L'attribuzione al consenso di un ruolo siffatto pone in primo piano l'esigenza di garantire la piena effettività e l'assoluta libertà della volontà matrimoniale.

In ordine al primo ambito, grande importanza riveste l'individuazione dell'esatto valore giuridico di due elementi in sé metagiuridici e cioè l'amore coniugale e la Fede, onde accertare se la loro mancanza possa incidere sulla validità del legame nuziale. Viene puntualizzato come il Codice del 1983 abbia superato l'idea della ininfluenza del processo psicologico che sfocia nella determinazione volitiva avente per oggetto il matrimonio: conseguentemente, non è possibile negare rilevanza al sentimento di amore che sta (o dovrebbe stare) alla base della scelta matrimoniale. Tra questo sentimento ed il *matrimonium in fieri* sussiste un duplice nesso: il negozio costitutivo del vincolo nuziale rappresenta l'espressione e l'esteriorizzazione dell'*amor* esistente tra i nubenti; al tempo stesso, nel momento in cui contrae matrimonio il soggetto assume un impegno destinato a trovare realizzazione nel futuro, attraverso il *matrimonium in facto esse*, e cioè l'impegno a donarsi integralmente all'altro per tutta la vita. Sarebbe certamente non autentico, prosegue l'orientamento in oggetto (Berlingò), quel consenso matrimoniale che non costituisca la concretizzazione di un sentimento di amore; così come sarebbe non autentica quella volontà nuziale che non ricomprendesse al proprio interno l'oblazione integrale di sé destinata a protrarsi per tutta l'esistenza del donante. La mancanza dell'amore coniugale può riflettersi, pertanto, sulla validità del matrimonio (si auspica, invero, da parte della giurisprudenza una maggiore attenzione ai capi di nullità concernenti il *bonum coniugum*): ciò anche a prescindere dalle tradizionali categorie concettuali riferentisi alla simulazione totale ed alla simulazione parziale.

Il rapporto tra Fede e validità del matrimonio non può essere correttamente compreso se non si tiene conto che il patto nuziale è dotato di una duplice valenza, naturale – il contratto – e soprannaturale – il sacramento –. È indubbio, rileva la tesi in parola, che la mancanza della retta Fede può ostacolare, e, talvolta, rendere addirittura impossibile, l'accettazione della dimensione naturale del matrimonio, con la conseguente invalidità del consenso prestato. Più complessa è, invece, la questione relativa alla possibilità che la carenza di Fede di un soggetto formalmente membro della Chiesa, in quanto battezzato, determini direttamente la nullità del *foedus* nuziale. Affinché sussista effettivamente un matrimonio sacramento è necessario che i due nubenti abbiano ricevuto validamente il battesimo e che entrambi abbiano una volontà sponsale autentica, cioè che non respingano alcuno degli elementi caratterizzanti il modello di unione coniugale proposto dall'ordinamento canonico; non è necessario, invece, che essi abbiano una Fede particolarmente profonda, né che la loro volontà si diriga direttamente e specificamente verso la dimensione sacramentale del matrimonio. La carenza di Fede è suscettibile di impedire la costituzione di un valido vincolo nuziale soltanto in due fattispecie: quando abbia dato vita ad un *error iuris* concernente la sacramentalità del matrimonio; quando abbia indotto uno dei nubenti – od entrambi – ad escludere, con un positivo atto di volontà, la dignità sacramentale del *foedus* stipulato. In tali ipotesi, infatti, la mancanza della retta Fede inficerebbe la validità del matrimonio nella sua dimensione di legame naturale, dimensione sulla quale si innesta e sovrappone l'ordine soprannaturale (Franceschi).

La libertà, caratteristica imprescindibile del consenso matrimoniale, va intesa sia come assenza di costrizione (cd. libertà da), sia come capacità di determinarsi autonomamente (cd. li-

bertà per). Si sottolinea, al riguardo, la rilevanza del *caput nullitatis* relativo al difetto di libertà interna, *caput* che va considerato autonomo rispetto alle fattispecie di incapacità a prestare un valido consenso contemplate dal can.1095 del vigente *Codex* latino: se, infatti, il difetto di libertà interna può, talvolta, essere ricompreso all'interno del grave difetto di discrezione di giudizio (can. 1095 n. 2), oppure dell'incapacità di assumere i doveri essenziali connessi allo *status* di coniuge (can. 1095 n. 3), non deve, però, escludersi aprioristicamente la sussistenza di ipotesi in cui le facoltà elettive del soggetto vengano compromesse, pur restando integre le capacità intellettive; ciò a causa di processi patologici suscettibili di intaccare la sola volontà, lasciando inalterato l'*intellectus* (Turnaturi).

Le fattispecie contemplate dal can.1095 sono analizzate in due contributi relativi rispettivamente alla personalità *borderline* (Callieri) ed alla ninfomania (Hüber). Il primo scritto pone in luce i connotati distintivi del *borderline*, evidenziando come il soggetto affetto da tale disturbo della personalità non sia in grado di instaurare relazioni interpersonali stabili e profonde; in tal senso il disturbo in oggetto può essere accostato, pur mantenendo i propri tratti peculiari, che lo contraddistinguono da altre patologie, al disturbo istrionico (od isterico) ed al disturbo narcisistico. Relativamente alla ninfomania, viene sottolineato come l'attuale can.1095 n. 3 – nel cui ambito può essere ricompresa l'ipotesi della personalità ninfomane, alla quale l'Autore accosta quella omosessuale – sia il frutto di un lungo travaglio dottrinale e giurisprudenziale, travaglio al quale il Villeggiate ha dato un apporto assai significativo, ponendo in risalto, fin dalla metà degli anni '60, la necessità di attribuire autonomia all'*incapacitas assumendi* e, quindi, di superare l'orientamento, condiviso, tra l'altro, da una parte assai significativa dei giudici

rotali, volto a ricondurre l'incapacità di realizzare l'oggetto dell'obbligazione assunta con il matrimonio alla categoria della simulazione.

La necessità che il disposto normativo venga costantemente adeguato all'evoluzione della realtà fattuale è evidenziata dal contributo relativo all'interpretazione estensiva della disciplina canonica inerente all'istituto del matrimonio (Puma). Viene rilevato come un ruolo centrale sia stato svolto dalla giurisprudenza rotale, la quale (in numerose pronunce) ha dato alla legge un contenuto più ampio di quello desumibile dalla mera interpretazione letterale, onde ridurre la cesura esistente tra il dato normativo, in linea di principio generale ed astratto, e la fattispecie concreta da regolamentare. Emblematiche appaiono, al riguardo, le sentenze, rese sotto la vigenza del Codice pio-benedettino, relative al concetto di *discretio iudicii matrimonii proportionata* ed alla distinzione tra *facultas cognoscitiva* e *facultas critica*, sentenze che hanno anticipato e guidato l'opera di revisione legislativa sfociata poi nella redazione del can.1095 nn.2 e 3: ciò, però – conclude l'orientamento in esame –, senza che i giudici si sostituissero mai al legislatore e che l'interpretazione estensiva degenerasse nella cd. interpretazione creativa senz'altro incompatibile con l'ordinamento canonico.

La materia processuale è oggetto di trattazione in un corposo gruppo di scritti tutti dedicati al giudizio di nullità matrimoniale – eccezione fatta per un contributo (Alwan) ove si analizza la procedura utilizzata dai tribunali ecclesiastici libanesi per decidere le controversie, annesse alla causa di nullità, oppure al giudizio di separazione personale, relative alla titolarità, o meno, da parte di uno dei coniugi del diritto al mantenimento; viene sottolineato, in particolare, come l'interesse della dottrina e della giurisprudenza verso siffatta procedura si sia accresciuto dopo l'entrata in vigore del

Codice dei Canoni delle Chiese Orientali, il quale ha previsto che presso le Chiese patriarcali *sui iuris* (le quali attualmente si trovano tutte in Paesi ove la presenza musulmana è predominante e, conseguentemente, vige il cd. sistema degli statuti personali, secondo cui l'autorità statale attribuisce agli organi giudiziari confessionali competenza esclusiva su tutte le controversie aventi per oggetto il matrimonio, incluse quelle relative agli effetti civili) possa essere istituito il Tribunale Patriarcale d'Appello provvisto di competenze analoghe a quelle della Rota Romana (can.1063 C.C.E.O.) –.

Grande importanza viene attribuita all'Istruzione *Dignitas connubii* volta, è risaputo, a dare attuazione alla normativa codiciale relativa al processo di nullità matrimoniale. Si pone in evidenza come l'*Instructio* in parola, pur non essendo riconducibile appieno al disposto del can. 34 del C.I.C. latino – relativo, appunto, al ruolo che, all'interno delle fonti del diritto, spetta all'istruzione –, sia senz'altro valida e legittima: essa non ha apportato alcuna modifica sostanziale al disposto codiciale, ma ne ha semplicemente precisato le modalità applicative. Per raggiungere siffatto risultato, prosegue la tesi in esame (Llobell), i redattori dell'Istruzione si sono avvalsi di una duplice metodologia: riprodurre il contenuto di alcune norme antecedenti al Codice del 1983 (le cd. norme antiche), ma da questo mai abrogate; recepire l'interpretazione che delle norme codiciali è stata data da leggi successive (ad es., la *lex propria* della Rota Romana e della Rota della Nunziatura Apostolica in Spagna), nonché dal Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi e dalle pronunce dei Tribunali Apostolici.

Relativamente al contenuto della *Dignitas connubii*, si sottolinea come essa si caratterizzi per un'accentuata sensibilità personalistica, resa evidente anche dal collegamento istituito tra il matrimonio e la realtà familiare, tra il *matrimonium*

in fieri ed il *matrimonium in facto esse*, sensibilità che, però, al di là di generiche affermazioni di principio, non si è tradotta in concrete scelte normative: assai scarsi, invero, osserva l'*opinio* in parola (Serrano Ruiz), i riferimenti all'affettività, alla sessualità, all'empatia. Sarebbe stato opportuno, inoltre, proseguire l'indirizzo *de quo*, porre maggiormente in evidenza la valenza pubblicistica del legame nuziale, puntualizzando come l'attività svolta dal giudice rivesta un ruolo essenziale al fine di accertare la verità oggettiva: ciò onde evitare che il processo di nullità matrimoniale venga (erroneamente) inteso come un giudizio "privato", al quale è estranea qualsiasi tutela dell'interesse pubblico.

Sotto tale profilo può apparire significativa la circostanza che la *Dignitas connubii* abbia previsto la possibilità che il presidente del collegio giudicante, prima di ammettere o respingere il libello, indoghi circa la competenza del tribunale, circa la legittimazione processuale dell'attore e circa la sussistenza, o meno, del *fumus boni iuris* (cd. indagine previa). Viene rilevato che, nonostante l'*indagatio praevia* possa essere diretta anche a valutare la possibilità di una riconciliazione tra i coniugi, siffatta finalità sembra non essere stata presa in considerazione dall'*Instructio* (Caglioti).

La previsione da parte dell'ordinamento canonico di forme di composizione amichevole della lite costituisce oggetto di uno studio volto ad evidenziare come il vigente Codice latino stabilisca in capo a tutti i fedeli, in primo luogo ai Vescovi ed ai giudici, un duplice obbligo: evitare che insorgano controversie; qualora si sia verificata una lite, cercare di individuare una soluzione equitativa che ottenga l'adesione di entrambe le parti. Per agevolare il conseguimento di quest'ultimo obiettivo sono previsti anche due istituti specifici e cioè la transazione ed il giudizio arbitrato (can.1713), i quali, però, non sono applicabili al

giudizio di nullità matrimoniale, dato che esso concerne il cd. bene pubblico. La composizione amichevole della lite può essere realizzata, comunque, anche nell'ambito del processo matrimoniale attraverso la riconciliazione dei coniugi; in tal caso, commenta la tesi in oggetto, alla ripresa della convivenza coniugale deve accompagnarsi, qualora sia possibile, la convalidazione del matrimonio (can. 1676), onde evitare l'insorgere di situazioni moralmente illecite. Nel caso in cui non fosse possibile la riconciliazione, il giudice potrebbe ricercare ugualmente la composizione amichevole della lite, quantomeno evitando che insorga contrapposizione tra le parti e, qualora tale contrapposizione sussista, impedendo che essa si radicalizzi. Del resto, conclude l'*opinio* in parola (Moneta), la *Dignitas connubii* ha previsto che possa instaurarsi una sorta di procedura consensuale (art. 102), superando così l'idea secondo cui deve ritenersi che dietro l'accordo delle parti, concordi nel sostenere l'invalidità del vincolo nuziale, si nasconda sempre e comunque una volontà fraudolenta diretta a "convertire" una unione naufragata in un matrimonio nullo.

Il giudice canonico può servirsi di qualunque mezzo di prova, onde raggiungere la certezza morale circa la validità, o meno, del matrimonio: ciò a condizione che la prova sia utile al raggiungimento della verità e sia lecita. La *Dignitas connubii* ha precisato (art. 157 §1) che l'illiceità delle prove può essere determinata non solo dal loro oggetto, ma anche dalle modalità con cui esse sono state acquisite, chiarendo così quale interpretazione debba darsi alla norma codiciale (can. 1527 §1 del Codice latino). L'ampia nozione di illiceità accolta dall'Istruzione non deve indurre, però, a circoscrivere eccessivamente la libertà delle parti di proporre mezzi di prova: la disposizione relativa alle prove illecite, in quanto volta a limitare una situazione soggettiva attiva, dev'essere, alla luce

del can.18, interpretata restrittivamente (Ingoglia).

All'interno dell'istruttoria grande rilevanza rivestono indubbiamente le dichiarazioni delle parti in causa, cioè dei coniugi: a tale prova il legislatore ha riconosciuto una sorta di superiorità morale nei confronti degli altri strumenti probatori, come dimostra la circostanza che il titolo del Codice latino destinato all'esame dei singoli mezzi istruttori si apra proprio con la trattazione delle *partium declarationes*. In tal modo è stata attribuita loro la natura di prova piena, superando l'impostazione tradizionale che vedeva in esse dei meri *adminicula*. La *Dignitas connubii* ha chiarito, al riguardo, che a siffatte dichiarazioni può essere attribuita la qualifica di confessioni anche qualora esse non contraddicano l'assunto sostenuto dalla parte, ma anzi lo suffraghino (art.179§2): ciò in deroga a quanto stabilito dal can.1535. Resta fermo, comunque, il principio in base al quale, affinché alle *partium declarationes* sia attribuito valore di prova piena, è necessario che esse siano confermate da altri elementi (Arroba Conde).

All'istituto della perenzione è dedicato un contributo volto ad evidenziare le peculiarità che lo distinguono dalla rinuncia all'azione, dalla sospensione del processo, dalla prescrizione del diritto. Si sottolinea come la perenzione, secondo quanto disposto dal can.1521 del *Codex Iuris Canonici* latino, produca il proprio effetto *ipso iure*, eventualmente anche contro la volontà delle parti e dello stesso giudice, il quale non gode di alcuna discrezionalità. La *peremptio* è diretta, infatti, a sanzionare la condotta negligente delle parti: conseguentemente, nessuna attività processuale posta in essere dal collegio giudicante potrebbe impedirle. Non va dimenticato, però, commenta l'indirizzo in esame, che nell'ambito del processo di nullità matrimoniale, caratterizzato, è risaputo, dalla inapplicabilità dell'istituto del giu-

dicato, la giurisprudenza rotale applica la perenzione con grande flessibilità: ciò soprattutto nell'ipotesi di un giudizio di appello promosso tardivamente, oppure tardivamente proseguito (Schöch).

Il volume in esame appare, per la varietà e profondità degli studi in esso contenuti – varietà e profondità che abbiamo cercato di illustrare in queste brevi considerazioni –, di grande interesse. L'attenzione della generalità dei contributi sia verso l'elaborazione dottrinale, sia verso la prassi giurisprudenziale fa sì che la lettura dell'opera risulti estremamente stimolante e suggestiva non solo per gli studiosi dell'ordinamento canonico, ma anche per gli operatori dei tribunali ecclesiastici: spunti ricostruttivi e riflessioni di ordine pragmatico si fondono insieme in una felice sintesi di *scientia* ed *ars*.

Pietro Lo Iacono

Le fabbricerie. Diritto, cultura, religione.
– *Atti della Giornata di studio*, a cura di
Josè Ignacio Alonso Pérez, Bologna, B
nomia University Press, 2007, pp. 169.

Il testo in esame racchiude gli interventi effettuati da docenti universitari, rappresentanti della Chiesa e delle istituzioni in occasione della Giornata di Studio organizzata presso la Prefettura di Ravenna il 10 dicembre 2005, avente quale titolo appunto «*Le fabbricerie. Diritto, cultura e religione*». L'opera si apre con una introduzione (pp. 7-9) di Bruno Scalini il quale sottolinea che «...*se alcuni anni fa le fabbricerie sembravano un istituto superato... la crescita di richieste di finanziamento e di disponibilità di aree per la costruzione di edifici di culto utilizzabili dai nuovi culti e comunque da quelli diversi dal culto cattolico, ripropone il problema giuridico di disporre di uno strumento attraverso il quale lo Stato possa controllare la destinazione al culto e l'effettiva utilizzazione delle risorse allo scopo*

per il quale sono state da esso corrisposte». Da questa premessa parte appunto la riflessione di coloro che intervennero alla Giornata di studio.

Dopo una breve introduzione di S.E. Mons. Giuseppe Verucchi (Arcivescovo metropolitano di Ravenna-Cervia) e i saluti della Presidenza del Consiglio dei Ministri, della Prefettura di Ravenna, dell'Arcidiocesi di Ravenna-Cervia, del Presidente della Provincia di Ravenna, del Vicesindaco di Ravenna, del Presidente della facoltà di Giurisprudenza di Bologna nonché i ringraziamenti (pp. 11-24), il Prefetto di Ravenna svolge una relazione, «*Storia e sviluppo normativo della fabbricerie*», che intende fornire alcuni brevi riferimenti storici per meglio inquadrare l'istituto in esame e segnalare lo sviluppo della disciplina. Dalla *Fabrica Ecclesiae* fin all'ordinamento concordatario, passando attraverso l'epoca rinascimentale e quella preconcordataria, (nella quale, come è noto, si ebbero tre differenti tipi di fabbricerie «*la fondazione staccata dalla chiesa... l'ente che, assorbendo la personalità giuridica della chiesa parrocchiale e la rappresentanza di quest'ultima, costituiva un organismo a sé stante... Un organo amministrativo della chiesa che era l'effettiva titolare del patrimonio ecclesiastico*») fino a giungere alla disciplina di cui alla legge n. 848/29. Tale legge, per l'A., ebbe il merito di unificare la definizione legislativa «*tutte le amministrazioni le quali... provvedono, in forza delle disposizioni vigenti, all'amministrazione dei beni delle chiese ed alla manutenzione dei rispettivi edifici...*», ma non risolse il problema della natura giuridica delle fabbricerie né ciò avvenne ad opera del r.d. n. 2262/29 o con l'avvento del Concordato del 1984 e del successivo regolamento, i quali sembrarono limitarsi «*a prendere atto della tendenza alla scomparsa delle fabbricerie*» (p. 29). La trattazione continua con un cenno alla pronuncia del Consiglio di Stato del 2000 – con la quale fu escluso che le

fabbricerie potessero essere considerate enti pubblici e fu precisato che le stesse avrebbero potuto rientrare nella tipologia delle ONLUS –, per poi proseguire con un'elencazione delle fonti normative attualmente in vigore e, dopo aver esaminato i caratteri, la composizione, i controlli statali nonché le ipotesi di soppressione delle fabbricerie, con l'elenco delle fabbricerie tuttora in essere. Infine l'A. conclude il suo intervento ponendo l'accento sull'impossibilità di risolvere la questione della natura giuridica delle fabbricerie con le conseguenti difficoltà sul piano pratico.

Il secondo intervento, dal titolo *Le Fabbricerie nella legislazione concordataria*, letto da Mons. Mauro Rivella, Direttore dell'Ufficio Nazionale per i problemi giuridici della CEI, individua le fonti normative che disciplinano la materia e pone una serie di interrogativi circa la possibilità di costituire nuove fabbricerie, se le stesse siano enti pubblici o ecclesiastici ed ancora se possano essere ONLUS. Al primo punto l'A. dà una risposta negativa in considerazione della normativa codiciale e per il fatto che è inconcepibile oggi immaginare l'esistenza di «*enti a dispetto della Chiesa*» (p. 38). Ricordando poi tanto il parere espresso dal Ministro guardasigilli Rocco quando presentò alla camera dei Deputati la legge 848/1929 («*le fabbricerie... ormai non devono essere considerate se non organismi amministrativi della chiesa, considerata essa stessa come persona giuridica*»), quanto quello opposto del relatore della Commissione speciale della camera dei Deputati, Solmi («*Il Concordato riconosce la personalità giuridica a tutte le chiese pubbliche aperte al culto. In conseguenza le fabbricerie, pur mantenendo personalità giuridica, sono considerate come organi amministrativi della chiesa*»), conclude affermando che «*al presente, possiamo dire che la questione è pacificamente chiusa, non solo perché fin dal 1932 fu riconosciuta la personalità giuridica alla*

Veneranda Arca di Sant'Antonio di Padova, ma soprattutto perché l'art. 41 del D.p.r. n. 33/87 menziona espressamente "la fabbrica che sia persona giuridica"» (pp. 39-40). Circa la questione della riconducibilità delle fabbricerie tra gli enti pubblici e se le stesse possano essere considerate enti ecclesiastici, analizzando gli interventi giurisprudenziali in argomento, l'A. segnala il divario tra la giurisprudenza degli anni quaranta, secondo cui la fabbricerie erano enti pubblici la cui controversie dovevano essere devolute ai giudici amministrativi (Consiglio di Stato, Sez. V, 14.10.1941), e quella degli anni ottanta, che ritenne le fabbricerie enti privati le cui controversie erano di competenza della magistratura ordinaria (Corte di cassazione, Sezioni unite, sentenza n. 5485/1984), fino al recente parere del Consiglio di Stato che nel 2000 ha ritenuto «che le fabbricerie non possano qualificarsi come enti ecclesiastici e ha concluso nel senso che non si possa attribuire loro natura pubblicistica ...» (p. 41). In conclusione Mons. Rivella afferma che «si può ritenere oggi pacificamente acquisito ... il dato della qualificazione privatistica delle fabbricerie...» (p. 42). Da ultimo l'A., riprendendo il citato parere emesso dal Consiglio di Stato nel 2000, esamina la questione della qualificabilità delle fabbricerie quali ONLUS, afferma che «pare davvero riduttivo, e in ultima analisi non rispettoso della vera natura di questi enti, intenderli come meri organi di tutela, promozione e valorizzazione di beni di interesse storico-artistico, dimenticando che essi sono nati in funzione di chiese, alle cui spese per il culto e l'ufficiatura devono istituzionalmente provvedere» (p. 43).

L'intervento di Mons. Guido Marchetti, Delegato per i Beni Culturali dell'Arcidiocesi Ravenna-Cervia, sul tema dei Consigli per gli affari economici parrocchiali, analizza l'Istituto per le Opere di religione a Ravenna-Cervia. L'A. parte con una analisi delle disposizioni contenute nel codice di diritto ca-

nonico relativamente alle parrocchie, alla responsabilità amministrativa del parroco, agli obblighi dei fedeli (pp. 45-46) per giungere, nel paragrafo successivo, ad analizzare le norme che disciplinano il Consiglio per gli affari economici ed infine pubblicare un modello di statuto per i consigli di affari economici parrocchiali, redatto nello spirito dell'insegnamento del Concilio Vaticano II (pp. 47-51). Nell'ultimo paragrafo infine (pp. 52-53) Mons. Marchetti descrive storia, caratteri e funzioni dell'Opera di Religione della Diocesi di Ravenna.

Il quarto intervento, ad opera di S. E. Mons. Tommaso Girelli, Vescovo di Imola, tratta del ruolo ecclesiale delle fabbricerie, partendo dall'analisi dei beni culturali della Chiesa. L'A. infatti, sottolineando l'incidenza del patrimonio storico-artistico della Chiesa nel complesso dei beni culturali dell'umanità, afferma che la Chiesa non ha difficoltà a riconoscere l'importante ruolo degli organi dello Stato nella tutela, nella promozione e nella valorizzazione dei beni culturali ecclesiastici e ciò in quanto la Chiesa stessa ha rispetto ad essi un doppio interesse; uno artistico-culturale, l'altro religioso. Di seguito S.E. Mons. Girelli affronta la questione dell'utilità sociale ed ecclesiale oggi rivestita dalle fabbricerie, sottolineando l'enorme interesse da sempre dimostrato da parte della Chiesa cattolica per la tutela del patrimonio culturale italiano ed evidenziando l'importanza che le fabbricerie possono tuttora rivestire nella tutela di detto patrimonio; quindi, conclude il suo intervento individuando «alcuni elementi oggettivi in cui si deve concretizzare la collaborazione tra Stato e Chiesa in relazione ai beni culturali» specificando che «solo se le fabbricerie, il loro regime giuridico e la loro amministrazione sapranno rinnovarsi in questo spirito, potranno godere di futuro» (p. 65).

L'intervento di S. Em.za Card. Francesco Marchiano, arciprete della Patriar-

cale Basilica Vaticana, è diretto all'esame delle caratteristiche della Fabbrica di San Pietro ed all'importantissima attività svolta dalla stessa, mentre quello del Direttore del Museo della Sanità e dell'Assistenza dell'Azienda USL di Bologna e del santuario di S. M. della Vita di Bologna, dott. Graziano Capannini affronta il tema del «*patrimonio ecclesiastico di proprietà delle aziende sanitarie dell'Emilia-Romagna*» (pp. 73-80). L'A. parte dallo spiegare che le aziende sanitarie si sono trovate ad essere proprietarie di beni di interesse culturale attraverso più strade: l'accumulo da parte di confraternite laiche di donazioni pubbliche e private volte alla cura e all'accudimento di pellegrini e malati; la devoluzione da parte dello Stato italiano unitario delle proprietà confiscate alle confraternite e alle altre istituzioni religiose a favore degli ospedali; le donazioni effettuate dalla borghesia o da benefattori desiderosi di realizzare nuovi ospedali. Chiarito ciò l'A. elenca i beni di interesse ecclesiastico di proprietà delle Aziende sanitarie e ospedaliere, sottolineando l'importanza delle iniziative intraprese dalla regione in tale campo e conclude affermando che «*in una società che pare dedita soltanto al bisogno e alla ricerca di denaro... è una occasione questa anche per noi dirigenti delle Aziende sanitarie... di "riappropriarci" della Storia della sanità, del perché lo facciamo*» (p. 79).

L'intervento del Prof. Giovanni Cimbalo dell'Università di Bologna si apre con un paragrafo sull'importanza degli edifici di culto all'interno della comunità e con l'analisi delle norme statali che in argomento si sono susseguite nei secoli, per poi affrontare specificamente la disciplina riservata alle fabbricerie dal Concordato del 1929, dall'Accordo di Villa Madama ed infine dalla L. 222/1985. Nel quarto paragrafo l'A. analizza il ruolo delle fabbricerie alla luce delle modifiche al Titolo V della Costituzione e del Nuovo Codice dei beni culturali

del 2004, affermando che «*proprio il decentramento di poteri alle Regioni e l'adozione del codice dei beni culturali sembrano imporre oggi una rivalutazione dell'istituto delle fabbricerie in una duplice direzione: quella di ente che gestisce un patrimonio a carattere prevalentemente culturale e artistico; quella di un ente che assicura la corretta destinazione e gestione del finanziamento pubblico finalizzato ad erogare un servizio alle popolazioni*» (p. 95). Successivamente l'A. si dilunga sul tema del finanziamento dell'edilizia di culto per concludere il suo intervento sottolineando che, posto che lo Stato è costituzionalmente tenuto a finanziare la realizzazione degli edifici di culto, «*niente appare più adatto a chi scrive di una rivisitazione della fabbriceria...*» (p. 103).

Il Prof. José Ignacio Alonso Pérez analizza il ruolo sociale delle fabbricerie; esamina l'evoluzione del rapporto dello Stato con la Chiesa cattolica in relazione alla composizione dei consigli di amministrazione delle stesse e con riferimento ai loro compiti, evidenzia le loro caratteristiche e il ruolo che le stesse potrebbero assumere nello Stato contemporaneo: «*... accanto al fine di sovvenire alle spese di ufficiatura e di culto, si potrebbe incorporare la tutela e valorizzazione dei beni di interesse storico-artistico e la promozione della cultura...*» (p. 127).

L'intervento del Prof. Bruno Scalini dell'Università di Bologna invece affronta il tema delle «*Fabbricerie e strumenti di tutela assicurativa*»: partendo dall'analisi del patrimonio storico e artistico in proprietà della Chiesa, l'A. affronta il tema della tutela assicurativa offerta a detto patrimonio prima e dopo il c.j. del 1983, analizzando le clausole delle polizze "Multirischi della Parrocchia", ed infine conclude sottolineando la necessità di interrogarsi sulla garanzie e le tutele che oggi lo Stato offre o non offre in relazione alla tutela assicurativa degli edifici di culto.

Il Viceprefetto di Firenze, dott. Giovanni Lattarulo, analizza un caso concreto, quello della fabbrica dell'Opera di Santa Croce a Firenze (pp. 141-150); dalla sua storia (fu edificata a partire dal 1294 sulle rovine di una chiesa francescana) al suo regime giuridico (qualificata come ente di natura privatistica dalla Corte di cassazione, dal 2000 si è adeguata alla normativa in tema di ONLUS iscrivendosi nel relativo registro), al suo assetto finanziario («l'Opera è attualmente in grado di autofinanziarsi ed è, quindi, in grado di disporre... di un elevato grado di autonomia») per concludere che «da una lettura attenta delle vicende della fabbrica dell'Opera di Santa Croce... si ricavano considerazioni in grado di dare una connotazione in termini di forte attualità e modernità all'Ente...».

L'intervento del Prof. Fabio Vecchi dell'Università di Bologna affronta l'analisi della disciplina delle fabbricerie nei testi concordatari. L'A. parte dall'esame dei concordati per concludere che «il regime concordatario dei tempi attuali sembra confermare il principio di libertà nell'amministrazione ecclesiastica del locale, nel rispetto delle leggi canoniche e dell'autonomia delle forme di controllo, pur nell'avvenuto mutamento di sensibilità del diritto verso le associazioni laicali a ciò deputate» (p. 166).

Da ultimo il dott. Pierfrancesco Pacini, Presidente dell'Associazione delle Fabbricerie d'Italia, sottolinea il significativo ruolo che tutt'oggi svolgono le fabbricerie e annuncia appunto la nascita, nel giugno del 2005, dell'Associazione delle Fabbricerie d'Italia il cui scopo è quello di «...attivare degli scambi di informazioni e di consulenza di carattere gestionale, ... di aiutare ciascuna fabbrica associata ad aprirsi al territorio locale...».

Come chiarito sul retro di copertina dell'opera in esame, l'intento della stessa e, prima ancora, della Giornata di studi da cui l'opera scaturisce, era quello di

sottoporre all'attenzione delle istituzioni, degli studiosi e dei giuristi una serie di interrogativi inerenti all'istituto delle fabbricerie al fine di valutare se questo «antico istituto giuridico utilizzato per gestire le chiese monumentali e di interesse storico-artistico mediante un consiglio di amministrazione formato da laici ed ecclesiastici» avesse ancora ragion di essere. Ebbene, dall'attenta lettura delle relazioni rese sembra che la risposta a tale quesito possa essere affermativa laddove quasi tutti i relatori, una volta accennato alla storia ed ai caratteri delle fabbricerie, ne hanno sottolineato le problematiche tentando non solo di risolverle ma anche di evidenziare le modalità attraverso cui «riscoprire» l'istituto e ammodernarlo così da adattarlo anche alle mutate esigenze del nostro Stato rappresentate dalle confessioni religiose che si vanno via via radicando nel nostro paese. Il testo in parola dunque rappresenta un utile strumento per chi intenda affrontare in generale lo studio delle fabbricerie, ma anche per chi voglia approfondire le tematiche relative all'edilizia di culto, al suo finanziamento ed alla gestione dello stesso nonché circa i sistemi di tutela dei beni culturali di interesse religioso.

Giuliana Schiano

G. Barberini, *L'ostpolitik della Santa Sede. Un dialogo lungo e faticoso*, Il Mulino Bologna 2007, pp. 419.

L'azione svolta dalla Santa Sede nei Paesi dell'Est europeo dagli anni sessanta al novanta del secolo scorso, senza dubbio, è stata molto incisiva e determinante, nelle prospettive pastorali della Chiesa cattolica e per le relazioni politiche; e ne dà sicura conferma la grande attenzione che le è stata riservata in ambito ecclesiale e negli studi sul «disgelo» delle relazioni interstatali tra Occidente e Oriente europei.

Si è trattato di un processo lungo e

faticoso, iniziato con ostinati intenti e poche certezze circa il percorso da privilegiare e i possibili sviluppi di un dialogo che, a ogni costo, si voleva instaurare e che si mostrava quasi impossibile.

Di questa esperienza l'A., che ha ripetutamente soggiornato nei Paesi dell'Est europeo per studiare i problemi e le sofferte aspirazioni a un diritto di libertà religiosa soffocato o negato con decisione dai regimi socialisti, ripercorre le tappe, con particolare competenza, e svolge una analisi obiettiva, capace di trarre dalla ricostruzione degli eventi, autorevoli riflessioni storiche e giuridiche. La costanza delle ricerche in merito a queste vicende, la documentazione cui ha potuto accedere, la formazione e la professionalità, didattica e di ricerca, nelle discipline ecclesiasticistiche e nel diritto canonico, la familiarità acquisita con la cultura e con le lingue locali e poi, via via, anche i ruoli di carattere diplomatico ufficialmente affidatigli hanno consentito un lavoro che si dispone ai vertici dei numerosi studi intrapresi per chiarire e spiegare lo sviluppo degli eventi e le problematiche sottese alle scelte che hanno spinto la Santa Sede, specie nel corso del pontificato di Paolo VI, con l'intelligente attività di Mons. Casaroli, a riportare le sfide e la voce della Chiesa di Roma nei Paesi del blocco socialista mediante una *ostpolitik* che ha contribuito a modificare l'assetto dell'Europa.

Nel testo in commento, opportunamente, l'analisi muove con un primo capitolo diretto a spiegare i rapporti tra la Chiesa cattolica e il comunismo, quali si sono determinati con le ferme condanne delle dottrine marxiste-leniniste pronunciate dai Pontefici, e, con precisi e documentati rilievi, evidenzia subito, in contrasto con altri studi, come "la fase iniziata nel 1917 debba essere intesa piuttosto soltanto nel senso di una politica della Santa Sede verso la Russia bolscevica", ferma la tradizione di Roma di "salvare il salvabile" e ferme

le condanne dei principi teorici del socialismo (e poi più direttamente del comunismo) espresse sin dalla metà del diciannovesimo secolo, talora anche al fine di spronare i cattolici ad affrontare la questione sociale (v. la *Rerum novarum* di Leone XIII°).

Il pontificato di Pio XI° è costellato di pronunce contro tutti i totalitarismi; quello di Pio XII° radicalizza le condanne del comunismo, ma spesso per stigmatizzare le persecuzioni alla gerarchia e ai cattolici che via via dilagano in tutti i Paesi oltre la "cortina di ferro": che politica "anticomunista" e politica europea, in questo pontificato, tendano a saldarsi è quasi necessità ineluttabile al fine di restituire il continente alla civiltà cristiana.

Poste queste premesse, l'A. evidenzia, nel secondo capitolo, il "volto nuovo della politica vaticana, impresso da Giovanni XXIII e da Paolo VI. Il "calore umano" del primo, come specifica Casaroli (collaboratore del pontefice per la politica estera), "parve fondere una profonda barriera di ghiaccio", e assicurare la possibilità di moderate reciproche aperture tra la Santa Sede e l'Est europeo. Unite a questa qualità, profetiche sono state le intuizioni del Pontefice, capaci di cogliere segnali politici che, "passati al vaglio della storia" (p. 71), possono essere intesi quali significativi eventi, di cui l'A. rende attento resoconto. L'indizione del Vaticano II e molti fatti, connessi o collaterali (presenza al Concilio di vescovi d'oltre cortina, attenzione di governanti sovietici per i moniti di pace del Pontefice ecc.) costituirono ulteriori echi di portata politica della particolare occasione di rinnovamento ecclesiale; e in questo senso produssero effetti anche le coeve encicliche *Mater et magistra* e *Pacem in terris*.

Il Concilio, con la sapiente opera di mediazione del Card. Montini (di lì a poco Paolo VI), non assume accenti di aperta condanna del comunismo e

apre la porta a un dialogo della Chiesa con l'umanità che, "pur respingendo l'ateismo", è capace di deplorare la discriminazione fra credenti e non credenti, operata da alcune autorità civili, e di prediligere l'esplicita richiesta di una effettiva libertà religiosa per tutti.

Dialogo e approfondimento della dottrina sociale della Chiesa, nel pontificato di Paolo VI, sono le premesse vincenti per mettere a nudo i limiti dei sistemi socialisti; e il provvidenziale rinnovamento della pastorale ecclesiastica è, per l'A., l'importante strumento che permette di infrangere le barriere di divisione e di affermare la forza, rinnovatrice e unificante, del messaggio cristiano. L'ostpolitik, così, viene a disporsi come l'attuazione di un progetto teologico-politico, perché, in ragione e a vantaggio della missione religiosa, è capace di attrarre l'interesse di una politica che si rivela stanca di assetti fondati sulla contrapposizione dei "blocchi": una lettura degli eventi di quegli anni già proposta, ma qui spiegata con ulteriori testimonianze, che legittima l'uso del termine ostpolitik "per il condizionamento oggettivo delle relazioni politiche est/ovest su ogni iniziativa" (p. 90), che giustifica il ricorso ai canali diplomatici convenzionali di cui la Santa Sede dispone, anche per la posizione di prestigio internazionale guadagnata da Paolo VI; una interpretazione che consente all'A. di confrontare specificamente "l'ostpolitik vaticana e l'ostpolitik della Germania federale" (p. 105 s.).

L'avvio dell'ostpolitik trova nel terzo capitolo una analisi ricca di dati sulla situazione degli Stati verso cui si dirige l'azione della Santa Sede; ed è scelta redazionale opportuna, e direi necessitata, perché l'attività della Chiesa di Roma è rivolta a più Paesi, che fanno parte di un unico blocco ma che hanno tradizioni culturali e, per certi spetti, anche assetti interni molto complessi e differenziati. Nello stesso capitolo, l'A. traccia le linee dei "diversi ruoli" degli operatori: del

Card. Köning, impegnato nei primi viaggi all'Est, e di Mons. Casaroli, che inizia la missione nel 1963.

La più nota fase delle trattative intraprese da quest'ultimo viene esaminata nel quarto capitolo. Si spiegano, così, in ordinata successione, le vicende e i risultati conseguiti in alcuni Paesi. Il negoziato con l'Ungheria (affaticato dalla difficile posizione del Card. Mindszenty e dalle sue conseguenti ricadute in termini di divisioni e di limitazioni inferte alla chiesa locale, di disagi diplomatici per la tutela offerta al porporato dagli Stati Uniti e di diffidenza dello stesso Primate per soluzioni di compromesso con il regime comunista), che porta nel settembre 1964 alla firma di un accordo politico capace di produrre primi effetti giuridici, trova nel testo precise spiegazioni che ne segnalano i limiti di oggetto (le questioni relative alla chiesa locale "che le parti avevano interesse a regolare con urgenza" (p. 195)), ma, insieme, l'A. si diffonde, con attenta indagine, sui profili di diritto dell'accordo, e non trascura i risultati conseguiti e le "dimensioni umane" dei soggetti coinvolti. Si segnala, poi, come l'intesa crei condizioni di distensione che si rendono più evidenti e ampie con l'allontanamento del Primate dall'Ungheria, che è l'esito di una lunga trattativa, molto sofferta e densa di equivoci, perché le ragioni politiche della Santa Sede sono molto distanti da quelle del Card. Mindszenty, che accetta ciò che viene presentato come bene della Chiesa, ma si dichiara e rimane fortemente anticomunista.

Nello Stato cecoslovacco, gli assidui contatti intrapresi da Mons. Casaroli portano alla stesura di un accordo che consente, pur tra alterne vicende, un allentamento dei rigidi controlli governativi sulle chiese locali e condizionata libertà di nomina dei vescovi da parte della Santa Sede. Se il processo di distensione, qui, è più lungo che in altri Paesi contigui (solo nel 1973 si procede alla nomina di quattro nuovi vescovi,

“peraltro non titolari di diocesi, ma come amministratori apostolici” (p. 236)), l’A. rileva quanto e come i compromessi diplomatici, propri dell’ostpolitik, producano risultati e la “graduale scomparsa della chiesa ‘legale’ fortemente voluta dal governo” (p. 242).

In Jugoslavia, i contrasti si concludono con la firma di un protocollo che, per certi aspetti, suona a legittimazione del sistema comunista vigente, ma che assicura indubbie garanzie per l’esercizio delle libertà di religione e della giurisdizione ecclesiastica sulle chiese locali.

Alle missioni di Mons. Casaroli in Polonia l’A. dedica il quinto capitolo, segnalando, con attenta sensibilità e ricchezza di dettagli, la specificità delle vicende e dei contatti. In Polonia, infatti, “il ruolo dell’episcopato polacco nella vita della nazione è stato sempre molto rilevante, e questo ha comportato che l’azione politico-diplomatica della Santa Sede ne tenesse il dovuto conto” (p. 275); peraltro, partito e Chiesa hanno avuto, ciascuno a suo modo, un peculiare peso nella società e hanno vissuto tale ruolo con spirito patriottico e con conseguenti, inevitabili, contese. In ragione di tutto questo, le missioni di Casaroli dovevano necessariamente considerare l’uno e l’altro interlocutore; per di più i nodi da risolvere erano molteplici, e complicati dalla questione delle diocesi dei territori occidentali. Con obiettività il testo analizza il rapporto tra il Card. Wiszynsky e Mons. Casaroli, il favore accordato dal governo a quest’ultimo nella speranza di ammorbidire l’intransigenza del Primate, il tenore dei negoziati raggiunti, le divisioni all’interno della chiesa locale.

A questo processo di distensione, l’A. opportunamente connette, nel sesto capitolo, l’evento della partecipazione della Santa Sede alla Conferenza di Helsinki, segnalando come l’attenzione della Chiesa per questa assise superasse il rilievo che le attribuivano, da principio, gli Stati occidentali. La Santa Sede, con l’ostpolitik

in corso, era più sensibile alle trasformazioni che maturavano nell’Est europeo, ed anche più affidabile per Paesi che guardavano all’occidente ancora con sospetto. E tutto questo dà una ragione in più, al di là della spiegazione ufficiale dell’essere il Vaticano uno Stato europeo, dell’offerta fatta alla Santa Sede di partecipare alla conferenza e della sua accettazione.

Il contributo della Santa Sede all’incontro di Helsinki viene tratteggiato con l’efficacia di chi, come l’A., ha più volte affrontato il tema con competenza e ricchezza di riflessioni, ma anche con una capacità di sintesi che nulla toglie all’autorità e all’originalità degli interventi della Santa Sede che hanno attratto l’attenzione dei partecipanti alla Conferenza, e che le hanno consentito di ottenere esiti, in tema di diritti umani e di libertà religiosa (anche nella dimensione sociale), prima assolutamente impensabili. In relazione al noto e assolutamente innovativo VII principio dell’Atto finale della Conferenza, l’A. sottolinea che il risultato cui ha condotto la Santa Sede “costituiva il massimo che in quel momento politico poteva raccogliere un consenso” (p. 371); era una risposta positiva all’ostpolitik vaticana “mirata a creare condizioni migliori per l’esercizio della libertà religiosa”; una base sulla quale si sono poi costruiti e sviluppati gli importanti riconoscimenti resi nella sessione di Vienna, nel 1989, mentre in Europa stavano per abbattersi le frontiere e i Paesi dell’Est accedevano a nuove dimensioni di legalità democratica.

A conclusione, il settimo capitolo coglie le riflessioni di Giovanni Paolo II sull’Europa, dove il Pontefice sottolinea che il legame esistente fra cristianesimo e cultura europea, così come il riferimento a una “civiltà comune” e ai suoi valori fondanti, rendono innaturali le barriere ed evidenziano linee religiose, politiche e culturali di osmosi tra Oriente e Occidente che devono e possono trovare concreta applicazione.

Il testo, quindi, così come annunciato nel sottotitolo, rende testimonianza, con obiettività, rigore e competenza, di “un dialogo lungo e faticoso”, che ha conseguito esiti di enorme portata; e su questo ragiona, attento ai prodromi e agli sviluppi di una fase dell’attività della Santa Sede molto feconda. Ad arricchimento, inoltre, e merita sottolinearlo, è capace di trasmettere una forte carica di fiducia e un invito all’impegno in positivo (cui l’A. non si è sottratto quando ha cercato e ricevuto l’opportunità di contribuire in prima persona, sia con i soggiorni di studio, sia nelle assisi di livello internazionale, sia nei dibattiti relativi a questi temi che si sono organizzati a più livelli e anche, su sua iniziativa, più volte, nell’Università di Perugia). È questo messaggio aperto e costruttivo credo debba essere inteso come un forte e opportuno incoraggiamento a sviluppare (senza sosta e pur nei mutati contesti politici) la ricerca e la pratica del dialogo, per guadagnare vie di intesa capaci di rimuovere la presente conflittualità diffusa e le contrapposizioni oscurantiste e intolleranti che si dispiegano sino a produrre terrorismo e guerre.

Flavia Petroncelli Hübler

F. Botti, *L'eutanasia in Svizzera*, Seminario giuridico della Università di Bologna CCXXXII, Bononia University Press, Bologna, 2007, pp. XII-195.

I progressi ottenuti nel campo medico negli ultimi decenni, dischiudendo scenari assolutamente inediti per le tecniche terapeutiche e permettendo di travalicare i tradizionali confini della medicina, hanno trasformato la morte da fatto istantaneo a processo articolato e prolungato nel tempo. Infatti, di fronte a scenari anamnestico-patologico ritenuti sino a pochi anni or sono di imminente esito letale, i medici oggi dispongono della concreta possibilità di protrarre il

processo biologico vitale del paziente *sine die*, o comunque sino all’insorgere di nuove e diverse patologie o complicanze generatrici di autonomo processo eziologico che causa la morte del paziente, con conseguente rischio di detrimento della dignità umana di quei pazienti che, pur continuando a vivere da un punto di vista strettamente biologico, versano in stato neurovegetativo irreversibile.

Il volume in discorso espone la disciplina giuridica che l’ordinamento svizzero conferisce al fenomeno della eutanasia e delle cd. scelte di fine vita accentando in modo particolare i riverberi di cui è capace il sostrato sociale sulla disciplina normativa in un ambito giuridico in cui il folto ventaglio di diverse soluzioni possibili è fortemente orientato da fattori personali e fideistici. L’analisi del diritto positivo dedicato al problema in discorso è contornata da una ampia trattazione teorica relativa alle fonti del diritto ed al riparto della potestà normativa, con ripetuti riferimenti all’assetto federale del piccolo enclave elvetico ed alla composizione pressoché monolitica della cittadinanza svizzera, ancorché frammita ad una popolazione estremamente eterogenea, nonché ai contributi delle dottrine religiose sviluppatasi sul tema.

Il primo capitolo, *Attività normativa dello Stato e autodisciplina nelle società multiculturali*, con i suoi cinque paragrafi, reca un’introduzione di carattere generale alle problematiche sottese dal pluralismo ideologico che spesso discende dalla eterogeneità della società da governare e dalla frammentazione degli ambiti di operatività territoriale delle norme. L’autrice denuncia la graduale sedimentazione del potere legislativo statale a favore di altri processi normativi, tra i quali evidenzia quello della autoregolamentazione che caratterizza i diversi centri aggregativi dell’uomo, con la conseguente frammentazione e stratificazione di fonti normative non sempre omogenee.

Tale introduzione è seguita dalla indicazione delle norme di diritto positivo che regolano sia l'eutanasia, nelle diverse forme in cui può essere perpretata, sia le scelte di fine vita, sia la figura del procuratore terapeutico, focalizzando a più riprese l'aspetto procedurale imposto dalle norme.

L'autrice avvia il discorso, cui dedica tre capitoli, dall'analisi della Costituzione del 1999, evidenziando che questa, nonostante contenga numerose norme di dettaglio e non si limiti alle enunciazioni di principio, glissa sulla tematica delle scelte di fine vita, accentuando in questo modo il ruolo delle norme di autoregolamentazione e la normativa cantonale, lasciando trasparire il carattere personalistico dell'ordinamento svizzero. L'autrice muove dall'assunto che eutanasia, vita, morte, aborto, glissa e procreazione, siano sul medesimo piano morale e sostiene che l'ordinamento non può esimersi dal rendere una disciplina anche se di autoregolamentazione.

Il testo precisa che la competenza della salute rimessa ai cantoni postula una normativa eterogenea in materia di eutanasia ed analizza con schematicismo giornalistico le diverse fonti di diritto positivo indicando che le uniche norme generali sono ricavabili dal Codice penale, dalle direttive della Accademia Svizzera delle scienze mediche e dal Codice deontologico della Federazione medica elvetica. Dal complessivo impianto normativo emerge che l'assenza del servizio sanitario nazionale riduce l'intervento dello Stato a tutela della salute alla elargizione di fondi a favore dei meno abbienti per il pagamento del premio di assicurazione obbligatoria; dal Codice penale si evince che la vita è indisponibile solo se la lesione è apportata da terzi mediante induzione o aiuto al suicidio, mentre l'individuo ha piena disponibilità della propria vita se non chiede l'intervento letale altrui; la normativa prodotta dalla Accademia Svizzera delle

scienze mediche, alla quale l'autrice dedica particolare attenzione ritornandovi ripetutamente, consente al medico di non prestare l'assistenza al suicidio, mentre gli impone di subordinare tale assistenza al ricorrere di precise condizioni: quali l'imminente esito infausto di ogni terapia, l'irreversibilità dello stato patologico, la piena capacità di intendere e volere del paziente che chiede il suicidio; il Codice deontologico vieta l'eutanasia attiva e impone l'eutanasia passiva a condizione che la diagnosi sia fatale ed il paziente, vittima di dolori atroci, abbia consapevolezza della richiesta eutanastica. Al procuratore terapeutico, ed alle norme ad esso riferite anche nel progetto di riforma del Codice civile in elaborazione, viene dedicato il quarto capitolo dal quale si ricava che il paziente, anche sotto questo aspetto, può liberamente disporre della propria vita nominando un rappresentante che faccia rispettare le sue volontà nell'ipotesi in cui gli sia impedito di parlare a causa di incidenti o degli aggravamenti improvvisi della patologia; è interessante notare che al rappresentante è possibile conferire anche il potere di decidere autonomamente per il rappresentato nelle ipotesi in cui il quadro patologico non era stato previsto da quest'ultimo.

Il capitolo di chiusura è dedicato all'aspetto culturale e religioso della problematica dell'eutanasia; attraverso l'esposizione della posizione assunta nel dibattito dottrinale dalle confessioni religiose che operano nel territorio l'autrice ritorna e specifica i tratti multietnici della popolazione elvetica e la centralità che l'assetto normativo riconosce all'individuo ed alla sua piena libertà di coscienza.

Dalla lettura del testo nel suo complesso emerge con un certo vigore l'opinione dell'autrice secondo la quale una disciplina legislativa federale dell'eutanasia difficilmente sarebbe conciliabile con l'assetto istituzionale svizzero, ed inoltre

intaccherebbe la centralità dell'individuo e la conseguente piena disponibilità della vita che la normativa territoriale dei singoli cantoni riesce più agevolmente ad assicurare.

Il volume si sforza di fornire una descrizione esaustiva e multidisciplinare delle problematiche sottese al tema dell'eutanasia, debordando verso le diverse scienze giuridiche e sociali coinvolte direttamente od indirettamente nel relativo dibattito. Frammisti alle indicazioni di carattere sociologico circa la struttura variamente composita della popolazione svizzera ed alla centralità che l'ordinamento elvetico riconosce all'uomo, il testo è ricco di riferimenti alla legge straniera (leggi olandesi, belghe, californiane e canadesi), al dibattito legislativo degli ultimi decenni, alle questioni di politica economica dello Stato, assieme ad accenni di filosofia del diritto e precise indicazioni di diritto costituzionale. Probabilmente l'evidente volontà di arricchire il lavoro con contributi spesso eterogenei, non sempre introdotti nelle note concepite senza parsimonia di particolari, paga dazio in termini di fluidità dell'esposizione che, concentrata in pochi capitoli, potrebbe apparire spigolosa e frammentaria.

Marcello Salemme

A. De Oto, *Precetti religiosi e mondo del lavoro. Le attività di culto tra norme generali e contrattazione collettiva*, Ediesse, Roma, 2007, pp. 195.

Fin quando il contesto sociale italiano è rimasto contraddistinto da una sostanziale omogeneità quanto a credenze e pratiche di fede, i problemi di tutela della libertà religiosa nell'ambito lavorativo hanno avuto un rilievo del tutto marginale ed episodico, nonostante il peculiare *status* di soggezione del lavoratore dipendente dia vita ad una situazione in grado di innescare potenziali conflitti,

destinati ad interessare i vincoli organizzativi e di comportamento caratteristici del particolare rapporto intercorrente con il datore di lavoro. Il campo in cui è rimasta a lungo prevalentemente confinata la conflittualità, per motivi religiosi, tra lavoratore e datore di lavoro, è stato quello delle «organizzazioni confessionali di tendenza», in cui, per altro, si consuma uno scontro *tutto di carattere ideologico*, indotto dal particolare dovere di fedeltà che in quel caso caratterizza la prestazione lavorativa. Si sono così potute vedere, nelle norme generali riguardanti la libertà religiosa nel rapporto di lavoro – volte in primo luogo a prevenire e a reprimere eventuali condotte discriminatorie – delle garanzie direi quasi *sproporzionate* rispetto alle effettive esigenze di tutela, ritenute dai più astrattamente prospettabili e, di fatto, sino allora, concretamente avvertite.

Il quadro muta radicalmente nell'odierna società, la cui caratterizzazione, sempre più evidente e marcata, in senso multietnico, ci proietta verso scenari di forte eterogeneità culturale e religiosa. Proprio il mondo del lavoro vive per primo l'esperienza di stili di vita e di comportamento quasi del tutto inediti e deve necessariamente fare i conti con le inevitabili nuove tensioni. Dal canto suo, il giurista scopre d'un tratto che le garanzie dettate dal legislatore a tutela della libertà religiosa e contro la discriminazione per motivi religiosi in ambito lavorativo non sono più sufficienti, perché inadatte a realizzare quella mediazione fra contrapposti interessi e bisogni primari del lavoratore, dell'imprenditore e dello stesso cittadino («terzo» fruitore del bene prodotto o del servizio offerto), reclamata dalla complessità della nuova situazione.

Tutto ciò dimostra la straordinaria attualità e problematicità del tema preso in esame da Antonello De Oto nella sua interessante monografia. E spiega anche la preferenza, in essa espressa, per

il metodo casistico, attraverso il quale – lungi dall'appagarsi di sterili formalismi e anzi accettando il rischio di rimanere disorientati dalla notevole varietà delle situazioni concrete – si tenta in definitiva di «riconoscere», nel «vissuto» dell'esperienza, criteri di bilanciamento «ragionevolmente» praticabili tra la tutela della libertà religiosa del lavoratore e i contrapposti interessi dell'organizzazione produttiva.

Non per questo si può trarre l'impressione che l'Autore sia disposto a compiere un «salto» logico, che lo porti a trascurare l'esigenza di una formalizzazione normativa dei predetti criteri di bilanciamento o a smarrire le stesse coordinate fondamentali (dettate dalla Costituzione) atte a legittimarne l'impiego. Si è piuttosto prudentemente convinti della circostanza che, alle problematiche della società multireligiosa emergenti in ambito lavorativo, come in altri contesti, le categorie giuridiche tradizionali della «libertà religiosa», del «principio di uguaglianza», della «laicità dello Stato», a causa anche dell'incertezza sulla loro effettiva portata, non sono più in grado di offrire da sole risposte pienamente soddisfacenti, per quanto, naturalmente, atte ancora a rappresentare veri baluardi a garanzia della correttezza dell'attività del legislatore e a costituire le principali direttrici per l'opera dell'interprete.

Tenendo presenti i limiti emergenti dal quadro appena delineato, si comprende come solo apparentemente la chiave interpretativa fondamentale possa essere rappresentata dalla definizione astratta della portata applicativa della norma costituzionale dell'art. 19, realizzata attraverso una migliore puntualizzazione del significato dei concetti giuridici ad essa sottesi. Pur rimarcando – forte anche degli esiti di una dottrina ricostruzione storica sull'evoluzione del significato della «ritualità» – la necessità di classificare in due diverse categorie le attività dei fedeli poste in essere in adempimento di precet-

ti religiosi, una relativa agli «atti di culto in senso stretto», l'altra comprendente semplici «pratiche di vita» a motivazione o a sfondo religioso, non strettamente riconducibili ad una vera e propria attività culturale, Antonello De Oto è, tuttavia, pienamente consapevole che l'operazione non è assolutamente risolutiva delle problematiche più spinose prospettate dalla complessità della materia presa in esame. Così, per un verso, in relazione ad esempio alle prescrizioni alimentari, qualificate come semplici pratiche di vita motivate religiosamente, e pertanto non «inquadabili nel modo "classico" di intendere la tutela del fattore religioso», non si manca di sottolineare come sarebbe tuttavia «semplificistico liquidare il problema negando che esso possa essere ricompreso nell'alveo delle tutele fornite dall'art. 19 Cost. e quindi lasciando mano libera al legislatore ordinario» (p. 108). Mentre, per altro verso, non può essere sufficiente appurare che ci si trovi di fronte a condotte sicuramente riconducibili alle garanzie previste dall'art. 19 Cost. – evocando, ad esempio, particolari forme di professione o di propaganda della fede religiosa, o di compimento di veri e propri atti di culto – per dedurne l'incondizionata prevalenza su tutte le contrapposte esigenze dell'organizzazione produttiva (si pensi, su tutte, alle esigenze di continuità e di esatto adempimento della prestazione lavorativa) o qualunque sia l'ambiente lavorativo destinato a venire in rilievo (si pensi al particolare contesto delle scuole pubbliche o degli uffici della pubblica amministrazione). Quanto al caso «paradigmatico» del compimento di atti di culto nella scuola, «imponente comunità di lavoro e di formazione delle coscienze dei singoli» (p. 147), l'Autore si dimostra particolarmente sensibile all'esigenza di una «reale applicazione del supremo principio di laicità» e del connesso «principio di non rilevanza del convincimento religioso nel rapporto di lavoro svolto alle dipendenze

di amministrazioni dello Stato» (p. 146), rispetto al quale ultimo principio egli si spinge fino ad individuare una autentica «eccezione» nella normativa riguardante l'esposizione del crocifisso negli uffici pubblici (p. 153).

La riprova più significativa dell'insufficienza dell'impostazione tradizionale è probabilmente offerta da alcune decisioni adottate dai giudici di Strasburgo in applicazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU). Essi possono fondare le proprie decisioni in materia su una norma (quella del § 1 dell'art. 9 CEDU) da cui è espressamente garantito l'esercizio del «culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti», ma, sul presupposto che l'art. 9 «*ne garantit pas toujours le droit de se comporter dans le domaine public d'une manière dictée par cette conviction*» e che il termine «pratiche», ai sensi del predetto § 1 dell'art. 9, «*ne désigne pas n'importe quel acte motivé ou inspiré par une religion ou une conviction*» (cfr. Commissione europea dei diritti dell'uomo, *Karaduman c. Turchia*, 3 maggio 1993), si finisce di volta in volta col tener conto di tutta una serie di circostanze concrete – in qualche caso, per altro, oggetto di valutazioni contraddittorie – rinunciando alla fissazione di principi generali e assoluti. Allo stesso modo, non potrebbe essere di per sé decisiva, a prescindere dalla questione della sua intrinseca rilevanza formale, l'*Osservazione generale* n. 22 adottata, relativamente all'art. 18 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici (la cui formulazione è analoga a quella dell'art. 9 CEDU), dal Comitato dei diritti dell'uomo delle Nazioni Unite nel corso della sua quarantottesima sessione (1993), secondo cui «*l'accomplissement des rites et la pratique de la religion ou de la conviction peuvent comprendre non seulement des actes cérémoniels, mais aussi des coutumes, telles que l'observation de prescriptions alimentaires, le port de vêtements ou de couvre-chefs distinctifs*».

Se, dunque, i problemi attuali della libertà religiosa in ambito lavorativo richiedono necessariamente un'opera di bilanciamento di diversi diritti o valori costituzionalmente garantiti, appare allora auspicabile – come sottolineato dall'Autore – una regolamentazione normativa della materia, che sciolga i nodi più controversi coniugando le esigenze di tutela delle diverse posizioni giuridiche. A voler seguire le indicazioni offerte dalla Costituzione, in questi casi bisognerebbe avvalersi dello strumento dell'«intesa» previsto dal terzo comma dell'art. 8, che rappresenta, almeno in teoria, la sede migliore per fissare i parametri concreti destinati ad operare come criteri di composizione di valori costituzionali in conflitto con quello della specifica libertà confessionale. Alcuni problemi di carattere tecnico e le difficoltà «politiche» di accesso a tale istituto, inducono però l'Autore ad esprimere una netta preferenza per «uno strumento più agile, capace di conseguire una tutela efficace dell'individuo quale la trattativa e l'accordo sindacale» (p. 166).

La ricerca condotta da De Oto mette giustamente in luce la circostanza che lasciare da solo, nella materia in esame, l'interprete a districarsi fra norme di principio difficilmente coordinabili – come sovente accade oggi, secondo quanto risulta dalla casistica illustrata dall'Autore, per le più delicate questioni emergenti dalla pratica concreta – significa rinunciare a fissare, in termini atti a soddisfare le ineludibili esigenze di certezza del diritto, i margini entro i quali la tutela, anche in senso positivo, della libertà religiosa nel contesto lavorativo possa comportare *differenziazioni* o adattamenti delle guarentigie, in linea di principio a tutti assicurate dal diritto comune, in rapporto alla personalità del singolo lavoratore, contraddistinta da una particolare *identità* anche di carattere religioso. Probabilmente, però, la contrattazione collettiva o aziendale

può offrire risposte adeguate, a buona parte delle problematiche accennate, solo nell'immediato, mentre, in un più lungo periodo, per quanto il suo tipico ambito di applicazione abbia finito ormai per ricomprendere rapporti anche non strettamente negoziali, potrebbero emergere le insufficienze di una rappresentanza degli interessi religiosi affidata al sindacato e la contraddittorietà di principio tra quello che rimane pur sempre uno strumento di autonomia privata e la disciplina di un diritto (quello di libertà religiosa) per sua natura indisponibile.

Angelo Licastro

Francesco Finocchiaro, *Diritto Ecclesiastico – Edizione compatta*, seconda edizione, aggiornamento a cura di Andrea Bettetini e Gaetano Lo Castro, Bologna, Zanichelli, 2007, pp. 373.

Il testo in esame si apre con una presentazione redatta da Andrea Bettetini e Gaetano Lo Castro con la quale gli autori precisano di aver voluto riproporre l'opera di Francesco Finocchiaro del 2003, ripresentando agli studenti, ma non solo ad essi, "l'edizione compatta" del manuale (giunto alla nona edizione) che l'originario Autore realizzò alla luce delle esigenze didattiche imposte dal nuovo ordinamento universitario e nella quale si mantennero l'impianto generale e gran parte dei contenuti dell'*editio maior* che aveva goduto «*di meritata fortuna presso... generazioni di studenti... e presso giudici e avvocati*».

L'opera curata da Bettetini e Lo Castro infatti si presenta pressoché identica nei contenuti ma più "snella" nella forma rispetto alla nona edizione del *Diritto ecclesiastico*, mentre risulta identica all'*Edizione compatta* del 2003, con l'aggiunta di qualche intervento personale dei curatori teso a fornire degli aggiornamenti utili allo studio della materia.

Il testo quindi è sempre suddiviso in

dodici capitoli, di cui il primo in tema di diritto ecclesiastico e scienza giuridica, il secondo su «*La religione e l'organizzazione del potere civile*», il terzo riguardante le «*figure giuridiche e dei poteri pubblici che entrano in gioco nella disciplina statutale del fenomeno religioso*», e il quarto e il quinto relativi al fenomeno religioso alla luce della Costituzione.

Il capitolo sesto «*La libertà religiosa nell'ordinamento italiano*», resta il più ampio di tutta l'opera del Finocchiaro, il quale intese affrontare il tema della libertà religiosa con specifico riguardo non solo alle norme costituzionali in materia ma anche a quelle introdotte nell'ordinamento giuridico italiano in esecuzione di convenzioni internazionali. Rispetto all'edizione compatta del 2003 gli AA. hanno ritenuto opportuno inserire un riferimento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 2000 e sottolineare il peso che in tema di libertà religiosa hanno assunto ed assumono le decisioni della Corte di giustizia delle comunità europee, in particolare della Corte Europea dei diritti dell'uomo.

Il settimo capitolo continua ad essere dedicato alla Santa Sede (termine con cui gli AA. indicano «*in modo congiunto e complessivo il Romano Pontefice ed anche ... gli uffici che ... provvedono agli affari della Chiesa universale...*»), e l'ottavo agli enti delle confessioni religiose, ma rispetto al tema del riconoscimento degli enti gli AA. si dilungano sulla questione dell'obbligo di iscrizione nel registro delle persone giuridiche così come innovata dal d.p.r. 361 del 2000.

Il capitolo nove resta diviso in tre sezioni atte a descrivere compiutamente quale siano i mezzi per le attività di religione e di culto. Nella prima sezione si affronta il tema del sostentamento del clero, specificando preliminarmente che appare «*... necessario che quanti si dedicano alle ... attività in modo esclusivo o prevalente, come i ministri di culto, ricevano una retribuzione che consenta loro di*

condurre una vita dignitosa», mentre nella sezione seconda si affronta la materia delle cose destinate all'esercizio della libertà religiosa con specifico riguardo all'edilizia di culto. In argomento, gli AA. approfondiscono l'analisi delle innovazioni introdotte dalle modifiche al Titolo V della Costituzione.

La terza sezione, dedicata ai poteri statuali e confessionali sulla gestione del patrimonio degli enti aventi fini di religione e di culto, si caratterizza invece per l'attenzione degli AA. sul tema della tutela del patrimonio storico ed artistico, esaminando le innovazioni introdotte dal codice dei beni culturali del 2004 e dall'intesa del 2005 sui procedimenti per la collaborazione tra Stato e Chiesa in materia. Sempre in detta sezione poi gli AA. affrontano il tema degli acquisti degli enti con fine di religione e di culto e del regime tributario degli stessi, con particolare riguardo alle ONLUS e all'impresa sociale intesa alla luce del d. lgs. n. 155/2006 quale «*organizzazione privata senza scopo di lucro che esercita in via stabile e principale un'attività economica di produzione o di scambio di beni o di servizi di utilità sociale, diretta a realizzare finalità di interesse generale*».

Il capitolo decimo resta dedicato alla figura dei ministri di culto e dei religiosi nel diritto italiano e l'undicesimo all'istruzione religiosa ed alle problematiche concernenti la qualificazione degli insegnanti, rispetto alle quali gli AA. hanno ritenuto opportuno accennare agli interventi della giurisprudenza costituzionale e chiarire la portata delle innovazioni introdotte con la L. 186/2003.

Gli AA. infine, sempre coerenti nella volontà di mantenere pressoché inalterata la struttura dell'opera così come concepita dal Finocchiaro, affrontano il tema del matrimonio, rispetto al quale si sottolineano le innovazioni introdotte dal d.p.r. 396/2000 in relazione alle pubblicazioni, analizzano gli interventi più recenti della Corte costituzionale circa la

tutela del coniuge più debole nei processi di delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale ed infine evidenziano le innovazioni che in tema di trascrizione dei matrimoni celebrati davanti ai ministri delle confessioni religiose di minoranza sono state introdotte dall'art. 95 del d.p.r. 396/2000.

Il testo si conclude con l'indice analitico ed è privo di rassegna bibliografica.

Il volume a cura di Bettetini e Lo Castro ha quindi il merito di consentire agli studenti di avvicinarsi allo studio del diritto ecclesiastico avendo a disposizione un'edizione compatta – dunque rispondente alle nuove esigenze di studio – ma che al contempo, quanto a contenuti e a impianto generale, rispecchia quasi fedelmente quell'*editio maior* del *Diritto ecclesiastico* di Francesco Finocchiaro che negli anni ha avuto grande successo tra gli studenti, e non solo. Gli AA. intervenendo sul volume originale solo quando la mutata legislazione lo avesse reso indispensabile, hanno fatto sì che «*nelle opinioni espresse ... nelle soluzioni prescelte per i problemi controversi...*» l'opera restasse del suo Autore, consentendo alle nuove generazioni di avvalersi per lo studio del diritto ecclesiastico di un manuale che, nato nel 1986, giunse alla nona edizione proprio perché completo nei contenuti e chiaro nell'esposizione degli stessi, tanto da rendere il diritto ecclesiastico facilmente “accessibile” anche ai non addetti ai lavori. Le esigenze di sintesi determinate dal nuovo ordinamento universitario hanno però indotto i curatori, loro malgrado, ad eliminare dall'opera i riferimenti bibliografici e giurisprudenziali, nonché le note a piè pagina, privando così gli studiosi della materia, ma anche gli avvocati, di un utilissimo strumento di conoscenza e di approfondimento.

Giuliana Schiano

M.C. Folliero, *Diritto ecclesiastico. Elementi. Principi non scritti. Principi scritti. Regole*, Quaderno 1, *I principi non scritti*, Giappichelli Torino 2007, pp. 174.

L'elaborazione di un manuale costituisce indubbiamente un momento significativo dell'attività del docente, perché tende a esprimere contemporaneamente la sintesi del suo approccio con la disciplina, l'approdo di ricerche personali e l'anelito di trasmettere un messaggio ai discenti che sia capace di informarli e di destarne lo spirito critico. Di tutto questo emergono tracce in ogni manuale, ma ciascuno privilegia un taglio. Spesso un siffatto testo è la testimonianza di una già consolidata esperienza di dialogo del Maestro con i giovani. Talora è più semplicemente la premessa o l'indicazione delle tappe di un percorso che dovrà trovare adeguati approfondimenti nel c.d. "dialogo frontale", cioè nello svolgimento del corso di lezioni. Alcuni manuali si attengono alla strutturazione tradizionale della disciplina; altri propongono nuove aggregazioni dei diversi istituti; alcuni sperimentano nuove vie di analisi e di dialogo. E si tratta sempre di scelte legittime, giustificate dal riconoscimento della libertà del docente che il nostro sistema assicura. Scelte comunque che oggi, più che in passato, devono confrontarsi con la realtà di una didattica che si svolge in tempi sempre più brevi (e con un condizionante aggancio a determinati "crediti") e che deve, in ogni caso (nell'accelerato sviluppo della globalizzazione), preparare i giovani ad affrontare contesti legislativi e rapporti anche estremamente mutevoli.

In queste dinamiche, il manuale in esame si presenta come un primo luogo di dialogo (Quaderno 1, *Principi non scritti*), cordiale e talora ironico, che tenta nuove vie di approccio alla disciplina e che vuole spiegare ad allievi giuristi alle "prime armi" (quelli del triennio) le basi pubblicistiche di una materia che

ha avuto, anche per ragioni storiche, un peculiare sviluppo solo in pochi Paesi del continente europeo e che singolarmente guarda al "trattamento giuridico degli interessi e dei diritti religiosi" in un contesto sociale che appare sempre più secolarizzato. Si pone, quindi, subito in evidenza un accattivante intento semplificatorio dell'indagine, cui seguono, però, sviluppi del tema capaci di evidenziarne l'attualità e l'ampia portata; e quasi a conforto dell'impegno che si chiede ai discenti, il testo mantiene in tutte le sue parti un'agile scelta lessicale, una scansione didascalica e un dialogare che informa e introduce più riflessioni critiche.

Un'ampia introduzione segnala: l'impatto rivoluzionario del governo liberale nei confronti del potere e dell'assetto ecclesiastico cattolico, con un intervento capace di avocare alla mano pubblica "settori-chiave della società", di rompere con la Chiesa e di relegare (ma, qui, con minor successo) la religione alla sfera privata; l'inversione di rotta operata nel ventennio fascista, con una nuova alleanza tra trono e altare che assicura alla Chiesa cattolica un ruolo di primo piano per una "comune" lotta al socialismo; l'esigenza di assicurare un nuovo equilibrio di rapporti Stato-Chiesa introdotta dalla Costituzione repubblicana, che incoraggia "il riallineamento della materia ai principi di eguaglianza affermati nella Carta". Con pari intenti introduttivi, si spiega che "tipicità e identità sono... i caratteri che le attuali norme di Diritto Ecclesiastico derivano dalla loro travagliata plurisecolare gestazione" (p. 11), che sussiste, oggi, un articolato sistema nazionale di tutela della libertà religiosa e che si vanno definendo tutele internazionali e comunitarie, anche "giustiziabili"; che la "laicità dello Stato è uno degli elementi concettuali che qualificano e delimitano" il diritto ecclesiastico; e di essa, si rende una prima spiegazione sociologico-politica, definendola quale "interfaccia da cui la regola costituziona-

le dell'*eguaglianza* (art. 3 Cost.) si mostra nelle relazioni tra diritto pubblico e libertà religiosa" (p. 25). In sostanza, in una società secolarizzata, come la nostra, si torna a rivolgersi alla Chiesa per attingere contributi di avvaloramento delle scelte pubbliche, e l'accettazione di questi finisce per dimensionare il grado di laicità. L'accresciuto consolidamento verticale delle chiese incrementa la rete di rapporti giuridici con lo Stato. La trasversalità dell'esperienza religiosa produce, poi, espressioni di sussidiarietà che traggono sostegno dal diritto costituzionale e dal diritto comune. Così, complici la politica, resa estremamente mutevole, e improvide riforme (elettorali, economiche, dei corsi di studi ecc.), il diritto ecclesiastico guadagna nuove dilatazioni, nuovi ambiti "dove si *trasferisce* la dialettica tra religione e laicità" (p. 48).

A siffatta introduzione, certo ispirata da intenti di estremo realismo, ma dura nel suo disincantato linguaggio ed eterogenea nei contenuti, al punto da far dubitare che i giovani (poco più che matricole) possano coglierne gli elementi di critica giuridica sottesi, segue la Parte 1^a del testo: "Principi non scritti", divisa in due sezioni; la prima, dal titolo "Diritto ecclesiastico e principio di legalità", integrata da un unico capitolo; la seconda "Diritto ecclesiastico e principio di laicità", con un capitolo diviso, a sua volta, in due parti relative, rispettivamente, all'idea di laicità e al principio di laicità.

Il principio di legalità, proprio, sia pure con differenti espressioni, dello Stato di diritto (liberale, costituzionale e sociale), costituisce l'essenza del sistema politico e del relativo ordinamento. Il diritto ecclesiastico, quale regolamentazione data "al complesso dei poteri, degli interessi e dei diritti riconducibili alla religione", è condizionato dall'idea di legalità, ma la condiziona anche. Sembra essenziale, quindi, all'A., "mettere a fuoco la nozione di legalità che sarà impiegata" (p. 61); una nozione che viene

attinta dalla filosofia politica moderna, spiegando il rapporto tra potere e diritto come espressione insieme della necessità di autolegittimazione dell'autorità e di garanzia del consenso dei consociati: esiti che vengono assicurati, a livello fondazionale, dalla Costituzione e, nella dinamica temporale, dalla produzione legislativa e dall'esercizio secondo le leggi delle altre attività di governo. Rimane, quindi, piuttosto evidente che si deve realizzare una sintesi tra legalità ed effettività di rispetto dei valori e dei diritti personali e sociali. In questa dinamica gli interessi religiosi rilevano specificamente, anche per la loro capacità "di incidere profondamente sulla struttura della società" (p. 82). E l'attuale relazione del diritto ecclesiastico con il principio di legalità evidenzia la rottura tra "legalità legale" ottocentesca e "legalità costituzionale" odierna, si avvale della "legalità convenzionale" di matrice ultranazionale, da vita, per quanto non manchino discrasie, a un sistema di legalità multilivello, come accade per altri settori del diritto.

Il rispetto della laicità dello Stato, cui tale sistema deve attenersi, si presenta parimenti come luogo di difficoltà e di incertezze, per gli obblighi di collaborazione assunti in via pattizia tra lo Stato e alcune chiese, per la situazione delle confessioni religiose "senza intesa, per la specificità di alcune presenze confessionali (come, ad es., la comunità musulmana); e da ciò emerge una idea abbastanza confusa di laicità, per quanto molti, non escluse le chiese, ne parlino di frequente.

Della laicità diventa, quindi, opportuna una ridefinizione, che tenga conto degli interrogativi emergenti e dei mutamenti "che si producono nel costume, nella mentalità, nelle appartenenze politiche e in quelle sociali" (p. 127). Infatti, il separatismo, "una volta sinonimo di laicità", non ne esaurisce più la portata. La Corte costituzionale, nel 1989, ha soppiantato l'idea tradizionale di laicità aprendo

lo Stato al sostegno delle espressioni religiose. In realtà, il pluralismo quale “strumento per eccellenza di *integrazione politica*” (di valorizzazione delle differenze), la pratica del metodo democratico, il principio personalista cui si ispira la Costituzione consentono la promozione delle religioni in regime di eguaglianza. La laicità “cooperativa”, però, sopravvaluta la negoziazione legislativa, con il rischio di produrre gravi differenziazioni nel trattamento delle confessioni religiose: un dato che l’A. evidenzia con un rapido *excursus* delle più recenti decisioni della Consulta e della giustizia amministrativa, specie con riferimento alle vicende dell’esposizione dei simboli religiosi. Molto, allora, tende a una riduzione della laicità a mera aconfessionalità, ma anche di questo, a chiusura dello scritto, l’A. segnala i rischi, ripromettendosi di tornare, nell’esame “dei successivi principi di sistema del Diritto Ecclesiastico”, a evidenziare quanto le religioni stiano immettendosi nel “pubblico”: un monito di congedo certo denso di attese e capace di suscitare curiosità e interesse dei giovani per la disciplina, ma che, così come posto, li spinge ulteriormente all’analisi del dato socio-politico, prima e a preferenza dello studio degli elementi giuridici di un sistema normativo che ha tratto forza anche dalla sua tradizione dottrinale. Si dispongono in senso positivo, comunque, il taglio per principi e regole della trattazione e l’impegno di semplificazione delle nozioni, nonché l’uso di un linguaggio discorsivo e di esemplificazioni tratte dal contingente.

Flavia Petroncelli Hübler

B. Serra, *Arbitrium et aequitas nel diritto amministrativo canonico*, Jovene Napoli 2007, pp.350.

Il diritto amministrativo canonico di recente ha trovato nuova attenzione tra quanti sono ascritti alla categoria dei

maestri e tra i più giovani studiosi, sia con indagini brevi dedicate alla didattica o ad approfondimenti scientifici di determinati aspetti, sia con monografie che intendono cogliere lo sviluppo, le ragioni e la portata di questa branca del diritto canonico, in dimensione diacronica e sincronica. Tra queste ultime, all’ampio e articolato volume di I. Zuanazzi (*Praesis ut prosis. La funzione amministrativa nella diakonia della Chiesa*, Jovene Napoli 2005, recensito in *Diritto e Religioni*, n. 3, p. 684), che ha prospettato, con l’indiscussa e riconosciuta competenza dell’A. nella disciplina, sviluppo storico e diritto vigente, si affianca con sicuro merito il testo in commento, che, per quanto rivolto specificamente all’analisi delle premesse e dello sviluppo della più recente normativa codiciale, rende un’analisi essenziale di quello che senza dubbio costituisce il *punctum dolens* della disciplina: il rapporto tra la discrezionalità, nelle sue diverse espressioni, e l’*aequitas*; un nesso che, nello sviluppo della scienza giuridica moderna, segnala, in ciascun sistema giuridico, coincidenze e divari, anche profondi, ma non totale estraneità, e che è capace di evidenziare con incisività la differenziazione tra le attese del sistema giuridico ecclesiastico e le esigenze degli ordinamenti civili.

L’arricchirsi degli studi è dato che si coglie con piacere e interesse, per la peculiarità della materia, che sembra oggi destinata a un irrinunciabile sviluppo, ma, insieme, soggetta alle difficoltà di coniugare equilibri e corrette tutele del “pubblico” e del “privato”. L’impegno profuso dagli autori (maturi maestri o giovani ricercatori), segnala la costante e sensibile capacità degli ecclesiasticisti e dei canonisti di confrontarsi e di dare positivi contributi allo sviluppo delle scienze giuridiche.

L’opera in commento presenta una analisi metodologicamente ben articolata, attenta ai profili problematici e ai limiti della discrezionalità, con la par-

ticolare cura di segnalare come a essa si rapporti l'equità amministrativa nel suo sviluppo concettuale, nella codificazione dell'83 e nell'ambito della giustizia amministrativa. Un ampio corredo di note arricchisce le riflessioni. L'esposizione è piana e chiara.

Lo sviluppo del discorso, nel dettaglio, segnala, nel 1° capitolo, come il sistema amministrativo canonico muova fra legalità e discrezionalità, e come l'*aequitas* canonica si disponga a regola per la discrezionalità. "L'esigenza di stabilire il confine fra discrezionalità e arbitrio", in particolare, per l'A., ha trovato attenzione nel Sinodo dei Vescovi del 1967, è stato ribadito da Paolo VI in diversi modi e misure, fatto proprio dal *Codex* e valutato a livello interpretativo. La ricerca di un limite materiale, specificamente canonistico, della discrezionalità conduce l'A. a una esauriente ricostruzione dell'*aequitas* canonica, mediante il vaglio delle prospettive di indagine assicurate a livello teorico: una impresa non facile, stante il complesso legame, genetico e funzionale, tra equità e discrezionalità. E qui il discorso muove agile, tra esame delle diverse tesi e opportuni "distinguo", in relazione ai punti deboli delle diverse proposte, segnalando l'esigenza di verificare, in successione, se si possa "configurare l'equità quale doveroso criterio dell'azione di governo dell'Amministrazione ecclesiale" (p. 58), se a tale dovere corrisponda un diritto del fedele a un provvedimento equo e quali garanzie si diano per l'adempimento di un siffatto dovere.

Il primo interrogativo induce l'A. a considerare, nel secondo capitolo, la portata della regola del "minimo mezzo" come elaborata dal Cammeo per gli ordinamenti secolari e per quanto ha influenzato l'ordinamento canonico; e qui, forse con una eccessiva sintesi si segnalano i limiti dei criteri civilistici (specie quelli di ragionevolezza e di proporzionalità nel rapporto tra pubblico e

privato del sistema italiano), ma si evita di rendere, del principio, una preventiva giustizia piuttosto sommaria, che conduca a conclusioni di differenziazione dell'*aequitas* canonica di tenore affatto radicale, laddove (ed emerge di seguito nel testo) la funzione dell'equità quale limite della discrezionalità è comunque effettivamente presente, anche se diversamente regolata, in tutta la cultura giuridica occidentale.

Il 3° capitolo evidenzia come la codificazione del 1983 consideri l'equità "quale vero e proprio obiettivo della nuova legislazione" (p. 96); ma come elemento essenziale e polifunzionale, capace di dar vita a meccanismi di stampo tradizionale (alla stregua di quanto suggerito dalla dottrina civilistica più consolidata) e ad applicazioni peculiari di *aequitas* canonica strumentale al bene della *communio*. Ciò emerge con forza dall'analisi del can. 19, dalla previsione limitativa del can. 1752, dal diritto a un equo giudizio di cui al can. 221, § 2, che si configura come "norma positiva di rango costituzionale" (p. 125), e che l'A. tratta con particolare attenzione. A conferma parlano i lavori preparatori del *Codex*, che vengono attentamente esaminati, mettendo a raffronto i positivi sviluppi di un discorso rivolto a porre l'equità "nei peculiari moduli legali entro i quali doveva svolgersi il potere amministrativo" (p. 137). Rischio di equivoci e contrasti hanno accompagnato, però, le discussioni che privilegiavano ora le funzioni di controllo, ora una più generica dimensione dell'*aequitas* come regola di buon governo, e, se questo non ha soffocato il rilievo del principio, ha impedito l'inserimento nel *Codex* di riferimenti più espliciti.

Di seguito l'A. procede, con un 4° capitolo diviso in tre sezioni, alla ricostruzione del rapporto tra equità e giustizia amministrativa nell'ordine ecclesiale.

Il can. 1737, § 1, con il suo riferimento al *propter quodlibet iustum motivum*,

di certo consente di “controllare l’osservanza dell’equità quale limite della discrezionalità amministrativa” nel ricorso gerarchico (p. 150): un sindacato di legittimità e di merito, che l’A. spiega con più esemplificazioni e rilievi. L’impugnazione dell’atto in sede giurisdizionale può essere indotta da una *violatio aequitatis* “quale eccesso di potere per vizio della funzione” (p. 166). Il contenuto dell’equità quale parametro di valutazione dell’atto amministrativo discrezionale viene configurato con articolazioni complesse, che l’A. propone e vaglia con cura, con la tenacia di chi non vuole dare nulla per scontato per quanto debba confrontarsi con problemi che richiedono, oltre a competenza e sensibilità giuridiche, anche capacità di sintesi. Qui, allora, l’analisi si dilata, forse a tratti rischia di farsi dispersiva, ma conserva l’unità di fondo nella costante ricerca di chiarire e ricostruire il contenuto dell’equità amministrativa. Uguaglianza sostanziale (in ragione della pari dignità delle persone), benignità (salva la *salus animarum*), misericordia, carità sono i punti di forza dell’*aequitas naturalis* e dell’*aequitas canonica*. Di questo evidenzia i connotati il can. 271, § 3, in merito al trasferimento dei chierici, ma sussistono anche aspetti indeterminati enucleabili dai diritti naturali che l’ordinamento canonico riconosce (ad es., in relazione alla “dispensa dagli impedimenti matrimoniali dalla quale dipende l’effettivo esercizio del diritto naturale al matrimonio” (p. 223)). L’*aequitas-caritas*, in particolare, quale regola giuridica trova espressioni nel can. 686, § 3, per l’esclusione imposta, segnando quasi un limite che “media fra lo sviluppo del bene comune e la tutela della persona del singolo” (p. 244): una applicazione della regola del “minimo mezzo” integrata dalla carità; ne rende evidenza, ancora, il can. 702 in merito ai diritti e ai doveri di chi si separa da un istituto religioso.

La terza sezione del 4° capitolo esa-

mina gli effetti del controllo di equità sul sistema canonico di giustizia amministrativa. Un controllo che si rivela ampio e articolato, dal momento che può riguardare le richieste del ricorrente e il sindacato del giudice, e aprire attese di istruttoria “ampia e capillare” (p. 274), “di atti amministrativi sempre e precisamente motivati”, di articolazione del sistema in più gradi di giudizio (dato ancora disatteso), di autentica indipendenza e imparzialità dei giudici (che potrebbe essere meglio garantita). Dei limiti dell’attuale organizzazione della giustizia amministrativa, l’A. da precise indicazioni, unite a validi suggerimenti migliorativi, diretti a segnalare che l’equità, pur nell’attuale indeterminatezza legislativa, può contribuire al perfezionamento del sistema, sino a giustificare un superamento della radicale distinzione tra legittimità e merito che è stata “assorbita dal modello offerto dal sistema amministrativo italiano” (p. 300).

A conclusione, il 5° capitolo scandisce i tratti costitutivi e peculiari dell’*aequitas canonica* come limite del potere discrezionale; dell’*aequitas* che si fa modo, mezzo e obiettivo per l’esercizio della giustizia amministrativa, alla stregua di quanto elaborato negli ordinamenti statuali e in stretta fedeltà al diritto divino; dell’equità che integra il diritto dei fedeli a essere correttamente amministrati.

Nel complesso, quindi, il testo opera una ricerca e si pone come luogo di analisi ricco e interessante. Pur con qualche passaggio reso quasi per scontato, a fronte di altre molto diffuse analisi, l’A. presenta un lavoro interessante e ricco di riflessioni, che rifiuta le conclusioni “legalistiche”, che non muove da ingiustificati e ingiustificabili presupposti di incompatibilità radicale tra le conquiste della scienza giuridica moderna e le attese dell’ordinamento canonico (come talora da alcuni si ragiona), che è capace di cogliere quanto il diritto canonico, con le sue esigenze di fedeltà alla *salus*

animarum, può suggerire anche ai sistemi rigorosamente ancorati alla regola della legalità e alla tendenziale contrapposizione tra “pubblico” e “privato”.

Flavia Petroncelli Hübler

Andrea Zanotti, *Il matrimonio canonico nell'età della tecnica*, Giappichelli editore, Torino, 2007, pp. 225.

Il testo si propone di delineare, nella prospettiva del diritto canonico, l'evoluzione dei rapporti umani nella civiltà occidentale, ed in particolare delle relazioni affettive uomo – donna, cui si collegano precise conseguenze giuridiche, sia in ambito religioso che secolare. Seguendo una strutturazione di tipo manualistica intende fornire agli studenti un agile strumento per la comprensione del fenomeno matrimoniale, così come attualmente strutturato nelle civiltà occidentali. Tema centrale è la sacramentalità del matrimonio sul quale si è articolato il complesso rapporto del cittadino - fedele nel corso dei secoli.

Il volume parte, nel capitolo introduttivo, dall'evoluzione dell'uomo e della donna per sviluppare, in quello successivo, il tema del matrimonio canonico, così come delineato sin dalla narrazione biblica: il matrimonio come vocazione alla vita; il significato giuridico della procreazione che non è riconducibile ad imperativo morale, ma si qualifica come necessità, dettata dalle ragioni della storia. Con la *Vulgata* di San Girolamo il matrimonio diventerà sacramento e sarà attratto nella sfera del diritto pubblico. Si sottolinea, tuttavia, il forte valore della castità nel pensiero teologico classico, in un'ottica di marginalizzazione degli istinti sessuali, che porterà alla formulazione del principio del celibato ecclesiastico e a un ridimensionamento del matrimonio come ordine residuale, con finalità medicinali e procreative. Con la dottrina agostiniana si delinea compiutamente il fine

procreativo dello stesso, secondo impostazioni teoriche rimaste sostanzialmente inalterate fino al Vaticano II. È noto che con il Concilio di Trento il matrimonio è stato definitivamente assorbito nell'ottica dei sacramenti. La frattura tra sessualità e procreazione, prodottasi nel mondo moderno, ha imposto, tuttavia, alla Chiesa di ripensare le categorie della sessualità umana e del matrimonio nella sua complessità fenomenologica.

Nel terzo capitolo si affronta il problema dell'obsolescenza dei fondamenti giuridici del matrimonio. Si sottolinea come il diritto romano, ancorando tale istituto al concetto giuridico di possesso e alla *maritalis affectio*, non poteva conoscere il concetto dell'indissolubilità dello stesso. Il valore metagiuridico tutelato era, dunque, la libertà dell'elezione d'amore. La Chiesa ha, invece, progressivamente spostato il baricentro dallo schema del possesso a quello della compravendita, che si perfeziona con la 'consumazione'. Nell'esperienza giuridica italiana l'istituto ha progressivamente perso il ruolo di realizzatore dei valori etico-giuridici posti a base del tessuto sociale e normativo. È di difficile percezione il concetto di *foedus coniugalis*, profondamente innovato nella nuova definizione codicistica, improntata allo spirito del Vaticano II ed al personalismo tipico della cultura contemporanea, che privilegia il dato dell'incontro uomo-donna, oltre la mera dimensione fisica del rapporto. Con riferimento ai fini del matrimonio si rileva una minore incidenza riservata agli stessi dalla Chiesa.

Il capitolo successivo passa ad esaminare il delicato tema della capacità – *animi et corporis* – evidenziando le notevoli innovazioni prodotte a livello giurisprudenziale e normativo, anche con riferimento agli impedimenti. Si passa successivamente ad analizzare i vizi della volontà e la forma della celebrazione. In relazione a quest'ultimo punto si sottolinea che l'importanza della forma si

cominciò a delineare in diritto canonico soltanto dal momento dell'inclusione del matrimonio nell'alveo dei sacramenti. Il controllo capillare sulla cellula base della società ha rappresentato, infatti, per la Chiesa un punto fondamentale di esercizio del proprio potere e di controllo della sfera privata ed in questo senso devono essere analizzate le problematiche giuridiche attinenti alla forma liturgica dell'istituto e al ruolo rivestito dal celebrante, vero e proprio pubblico ufficiale, cui si collegano le tematiche attinenti la pubblicizzazione dell'istituto.

Un ulteriore capitolo è dedicato all'analisi dello sviluppo del matrimonio *in facto*. Se nell'epoca della Controriforma tale disciplina coincideva con il tentativo di controllo della sessualità coniugale, l'evoluzione moderna ha imposto la necessità di definire ruoli e compiti dei coniugi all'interno del matrimonio e della famiglia. Attualmente si assiste ad una centralizzazione di questo momento, recupero di un retroterra simbolico e spirituale per la Chiesa, in grado di arginare la dispersione tipica delle società secolari. È dal Vaticano II che si sono poste le basi per una visione dinamica del matrimonio. Sulle vicende modificative ed estintive ci si sofferma nel capitolo successivo, individuando elementi comuni e discordanti con gli ordinamenti secolari.

Il capitolo conclusivo è legato al tema del *sacramentum amoris*. Si ribadisce che la natura sacramentale radicava il matrimonio nella sfera pubblicistica; consentiva di evidenziare la dimensione dinamica dell'istituto ed, ulteriore conseguenza, era legata alla trascrizione giuridica di tale realtà sacramentale. Ed è il tema della sacramentalità che gioca un ruolo distintivo e fondamentale nella contrapposizione tra civiltà cristiana e società secolari. Interessante sottolineare che nel *codex* del 1983 è espressamente prevista l'esclusione della dignità sacramentale come causa di nullità del vincolo, non solo parziale ma che caducherebbe l'intero asse portante dell'istituto, soprattutto alla luce delle dichiarazioni conciliari.

Il testo, di agevole lettura, si propone, dunque, quale momento di riflessione del classico tema del matrimonio in un'analisi prospettica 'moderna', centrata sulle più attuali dinamiche sociali che investono i rapporti individuali ed in primis le relazioni uomo-donna. Baricentro, nelle analisi dell'A., è il tema della sacramentalità del vincolo coniugale da cui partire per una compiuta sintesi e comprensione delle attuali dinamiche matrimoniali canonistiche.

Germana Carobene

COLLANA

Diritto e Religioni

diretta da MARIO TEDESCHI



1. PIERO BELLINI - *Per una sistemazione canonistica delle relazioni tra diritto della Chiesa e diritto dello Stato Condizioni e limiti di contributo da parte della dottrina statualistica [1954]*. ISBN: 88-8101-339-8 Anno: 2006 - pp. 266 - Euro 20,00

A distanza di oltre cinquant'anni da quando fu scritto, il volume di Piero Bellini sulle Relazioni tra diritto della Chiesa e diritto dello Stato, inaugura la Collana annessa alla nuova Rivista *Diritto e religioni*, per l'importanza e l'attualità che ancor oggi rappresenta per tutta la dottrina canonistica ed ecclesiasticistica. Il lavoro ha una coerenza, una linearità e un'onestà esemplari, ed è svolto con una logica stringente, su un aspetto centrale per un giurista di formazione laica, che pone in rapporto il diritto canonico con il diritto dello Stato, su un piano di teoria generale del diritto.



2. MARIO TEDESCHI (a cura di) - *Comunità e soggettività*. ISBN: 88-8101-346-0 Anno: 2006 - pp. 624 - Euro 40,00

Il volume raccoglie gli atti del Convegno tenutosi a Napoli dal 14 al 16 novembre 2005 a cura della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli "Federico II" e dell'Istituto Italiano per gli Studi Filosofici. Alle relazioni iniziali, divise per sezioni, si aggiungono alcune comunicazioni che danno la misura della vivacità del dibattito.



3. SABRINA MARTUCCI - *Riflessioni preliminari su tolleranza, dissenso e attuazione della libertà religiosa*. ISBN: 88-8101-316-9 - Anno: 2006 - pp. 80 - Euro 10,00

Il cammino ininterrotto dell'idea di libertà segnala l'opportunità di un lavoro sui nuovi percorsi dialettici del diritto di libertà religiosa in cui lo spazio per l'indagine scientifica sia maggiore di quello occupato dalle riflessioni di taglio pratico. Il progresso degli studi ne ha favorito la rappresentazione come diritto garantito, a livello legislativo primario, in regime di eguaglianza giuridica e laicità. Le carenze dei sistemi di attuazione stimolano la concrezione di mezzi suppletivi di tutela che, nel ridisegnare un clima di tolleranza, non di rado animano forme inedite di dissenso religioso.



4. SALVATORE TOLONE - *Diritto privato globale, Objective Pluralism e libertà di religione*
ISBN: 88-8101-345-2 - Anno: 2006 - pp. 176 - Euro 15,00

Lo studio esamina il Value Pluralism, secondo la tesi dell'Objective Pluralism, come carattere del globalismo nel diritto privato, ed evidenzia la sua idoneità a mutare lo statuto ontologico dell'ordine giuridico, a rendersi cioè, precipuamente mercé il carattere della Incommensurability, un Complexity Maker.



5. GIUSEPPE LEZIROLI (a cura di) - *La Chiesa e l'Europa*
ISBN: 978-88-8101-383-8 - Anno: 2007 - pp. 448 - Euro 35,00

Il volume raccoglie gli atti del Convegno svoltosi nell'Università di Ferrara nei giorni 28-29 ottobre 2006.



6. STEFANO TESTA BAPPENHEIM - *Il danno da uccisione di religioso, negli ordinamenti francese, tedesco ed italiano*
ISBN: 88-8101-397-5 - Anno: 2007 - pp. 608 - Euro 40,00

De qua agitur? Si tratta di stabilire se ad un Istituto religioso possa spettare un risarcimento per la perdita d'uno dei suoi componenti, ucciso colposamente o – a fortiori – dolosamente. Se è già difficile una concordanza di opinioni sulla natura dei collegamenti fra le norme dell'ordinamento canonico e quelle statali, più complesso ancora è il consequenziale problema sull'ammissibilità della diretta risarcibilità del danno subito dall'Istituto religioso per la perdita d'un proprio componente, indipendentemente dall'azione a cui sono, senza dubbio, legittimati gli eventuali parenti superstiti della vittima. La risarcibilità di questo danno rientra fra i molteplici, possibili fenotipi del danno aquiliano o extracontrattuale: in Francia, il problema è regolato dall'art. 1382 code civil; in Germania, dagli artt. 823, 844 ed 845 BGB; in Italia, dagli artt. 2043 e 2059 c.c., e 185 c.p.



7. MARIO TEDESCHI - *La tradizione dottrinale del diritto ecclesiastico*
ISBN: 978-88-8101-432-3 - Anno: 2007 - pp. 134 -
Euro 12,00

Vengono raccolti in questo volumetto una serie di saggi sulla tradizione dottrinale del diritto ecclesiastico italiano, pubblicati nel corso degli anni in varie Riviste, volti a definirne l'oggetto e il suo sviluppo storico. In particolare, si fa riferimento ai contributi di Ruffini, Simoncelli, Coviello, Condorelli, De Luca, Bellini, Catalano e Dossetti, ai problemi didattici delle discipline ecclesiasticistiche e alle relative polemiche dottrinali, con riferimento anche ai contributi canonistici più recenti.



8. MARIO TEDESCHI (a cura di) - *Religione e Rivoluzione nel Mezzogiorno preunitario: Carlo Pisacane*
ISBN: 978-88-8101-437-0 - Anno: 2007 - pp. 128 -
Euro 12,00

Il volume raccoglie gli atti del convegno di studi sul tema Religione e rivoluzione nel Mezzogiorno preunitario: Carlo Pisacane, presso la Scuola Militare "Nunziatella" di Napoli.



9. AHMAD VINCENZO - *Islamica crisi e rinnovamento di una civiltà*
ISBN: 978-88-8101-500-9 - Anno: 2008 - pp. 184
Euro 15,00

Il fondamentalismo è uno dei problemi del mondo moderno, forse il principale. Si manifesta come ideologia radicale e, allo stesso tempo, come movimento politico estremista. Nato sul modello dei partiti totalitari occidentali, ha assunto progressivamente una colorazione religiosa. Finora pochi sono stati i rimedi efficaci contro tale pericolo, particolarmente in ambito islamico, poiché i molti pregiudizi che gravano sui musulmani hanno impedito una presa di coscienza della sua reale ampiezza e gravità. L'Europa rappresenta oggi un'importante frontiera del confronto tra Islam e fondamentalismo. Il senso dello Stato e la democrazia, la libertà religiosa e i diritti umani, il carattere e l'organizzazione della comunità, sono il terreno in cui avverrà uno scontro decisivo.



www.pellegrinieditore.it



Dal 1952 l'Editore Pellegrini svolge un'intensa attività al servizio della cultura. Accedendo al sito, riceverai dettagliate informazioni sulle nostre pubblicazioni. Potrai, volendo, effettuare acquisti on line a condizioni vantaggiose o rivolgerti al nostro punto vendita più vicino a casa tua. Buona navigazione e torna a trovarci!

Stampato da
Pellegrini Editore - Cosenza

ISSN 1970-5301